Die Auslösungssumme im schweizerischen Genossenschaftsrecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Hans-Jakob Studer
von Luzern und Escholzmatt

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Auslösungssumme im schweizerischen Genossenschaftsrecht

Inauguraldissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern,

vorgelegt von

Hans-Jakob Studer

von Luzern und Escholzmatt

1977

Buchdruckerei Stämpfli & Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 10. Juli 1975 auf Antrag von Herrn Prof. Dr. iur. Max Kummer als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern erschienen als Heft 448 der Reihe

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von †Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch †Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern.

©
Verlag Stämpfli & Cie AG Bern 1977
Elektronisch gesteuerter Filmsatz, Offsetdruck und Buchbinderarbeit Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis ... 7
Materialien ... 11

1. Teil: Die Genossenschaft ... 13

§ 1 Begriff und Begriffsmerkmale der Genossenschaft ... 13

I. Der Begriff der Genossenschaft ... 13
II. Die entscheidenden Begriffsmerkmale ... 13
1. Die bestimmten wirtschaftlichen Mitgliederinteressen ... 14
2. Die gemeinsame Selbsthilfe ... 14
3. Die nicht geschlossene Mitgliederzahl ... 16

§ 2 Wichtige Wesenszüge der Genossenschaft ... 17

I. Fehlendes Gewinnstreben ... 17
II. Fehlendes kapitalistisches Moment ... 19
1. Genossenschaftliche Stimmrechtsordnung ... 20
2. Genossenschaftliche Vermögensordnung ... 20
a) Fakultatives Vermögen ... 20
b) Vermutete Nichtabfindung Ausscheidender ... 20
c) Vermutungsweise zweckgebundene Verwendung eines Liquidationsüberschusses ... 20
3. Genossenschaftliche Reinertragsverteilung ... 21
III. Personalbezogenheit ... 22

§ 3 Arten von Genossenschaften ... 23

I. Genossenschaften mit Vermögen ... 24
1. Eigenmittel ... 25
a) Genossenschaftskapital ... 25
b) Investierter Ertrag ... 26
c) Nachschusspotential ... 26
2. Fremdmittel ... 27
II. Genossenschaften mit ausgeprägtem Kreditbedarf ... 27
1. Genossenschaften mit persönlich haftenden Mitgliedern ... 28
2. Genossenschaften mit nachschusspflichtigen Mitgliedern ... 28
III. Genossenschaften je nach Ausgestaltung ihres Finanzhaushaltes ... 29
1. Mitgliederbeiträge in Geld ... 29
2. Benutzungsgebühren ... 29
3. Preismargen ... 30
IV. Genossenschaften je nach Ausgestaltung der Mitgliederpflichten ... 31
1. Genossenschaften ohne Benutzungspflicht ... 32
2. Genossenschaften mit Benutzungspflicht ... 32

2. Teil: Die Ausscheidensordnung und die Ausscheidensfolgen ... 35

§ 4 Die gesetzliche Ordnung des Mitgliedschaftsverlustes ... 35

I. Mitgliedschaftsverlust als direkte Folge ausgeübter Gestaltungsrechte ... 35
1. Der Austritt ... 36
2. Die Ausschliessung ... 37
3. Die Verlustigerklärung der Genossenschaftsrechte ... 39

II. Mitgliedschaftsverlust «ipso iure» infolge Eintritts bestimmter Sachverhalte 43
1. Mitgliedschaftsverlust infolge Eintritts gesetzlich normierter Sachverhalte 43
a) Der Tod natürlicher Personen 43
b) Die Tatbestände von Art. 848 OR 44
2. Die Auflösung juristischer Personen und Handelsgesellschaften 44
3. Mitgliedschaftsverlust infolge Eintritts statutarisch festgelegter Sachverhalte ... 46

§ 5 Die Folgen des Mitgliedschaftsverlustes für die Genossenschaft 49

I. Die Auswirkungen auf den Vermögensbestand der Genossenschaft 49
1. Erwachsen von Abfindungsansprüchen 49
2. Allfälliger Verlust noch nicht liberierter Beträge auf Anteile 50
3. Verlust von Nachschusspotential 51
4. Vermindertes Wachstum des Genossenschaftsvermögens 52
II. Die Auswirkungen auf die Kreditbasis der Genossenschaft 53
1. Beeinträchtigung des Genossenschaftsvermögens 53
2. Wegfall der persönlichen Haftung 53
3. Wegfall der Nachschusspflicht 55
III. Die Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit des genossenschaftlichen Betriebes .. 55
1. Verschlechterung der Ertragslage 55
2. Verringerung der Marktchancen 56

3. Teil: Die Erhaltung des Mitgliederbestandes und die Eliminierung von Ausscheidensfolgen 57

§ 6 Die gesetzlichen Behelfe zur Erhaltung des Mitgliederbestandes 57

I. Der Grundsatz der Freiheit des Austrittes 57
II. Die gesetzlichen Institutionen mit Bindewirkung auf Personen, welche Mitglieder sind 58
1. Die Unterdrückung des Klagerechtes eines einzelnen Genossenschafters auf Ausschliessung anderer Mitglieder 58
2. Kündigungsfrist 58
3. Der Ausschluss des Austrittes während bestimmter Zeit 59
III. Die gesetzlichen Institutionen mit Akquisitionswirkung auf beliebige Personen, an Sachverhalte anknüpfend 60
1. Die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Eigentum an Grundstücken oder der Bewirtschaftung von solchen 60
a) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit Eigentum an Grundstücken 61
b) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit der Bewirtschaftung von Grundstücken 67
c) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit Eigentum an Grundstücken einerseits und zugleich mit der Bewirtschaftung von solchen andererseits 68
d) Beurteilung des Institutes von Art. 850 OR hinsichtlich seiner Akquisitionswirkung 70
2. Die Vererblicherklärung der Mitgliedschaft 71
3. Die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit einem Vertrag 73

§ 7 Die gesetzlichen Behelfe zur Eliminierung oder Verminderung vermögensschädigender Folgen des Ausscheidens von Mitgliedern aus der Genossenschaft 74

I. Die Unterdrückung eines Abfindungsanspruches 74
II. Die Stundung allfälliger Abfindungsverpflichtungen 75
III. Die Verpflichtung zur Restliberierung übernommener Anteile 77

IV. Die Erstreckung der zeitlichen Wirkung von Kreditinstrumenten ... 77
1. Bezüglich Verbindlichkeiten, die vor Mitgliedschaftsende begründet werden ... 78
2. Bezüglich jüngerer Verbindlichkeiten ... 79
a) Hinsichtlich der persönlichen Haftung ... 79
b) Hinsichtlich der Nachschusspflicht ... 80

§ 8 Die noch unbewältigten nachteiligen Ausscheidensfolgen ... 80

I. Der Schwund von Haftungssubstrat ... 81
II. Der Verlust von Nachschusspotential ... 82
III. Die Verringerung der Marktchancen ... 83
IV. Die Verschlechterung der Ertragslage ... 84
1. Die einzelnen Schadensfaktoren ... 84
2. Die unveränderte Schuldenlast ... 85
3. Der Rückstellungsbedarf für betriebliche Erneuerung ... 86

4. Teil: Die Auslösungssumme ... 88

§ 9 Funktion und Rechtsnatur der Auslösungssumme ... 88

I. Die Funktion der Auslösungssumme ... 88
II. Die Rechtsnatur der Auslösungssumme ... 89

§ 10 Das kartellrechtliche Verbot bezüglich Auslösungssumme ... 93

I. Der Zweck des schweizerischen Kartellgesetzes ... 93
II. Der Begriff des Kartells ... 94
1. Der Markt ... 95
2. Der Wettbewerb ... 95
3. Die gemeinsame Wettbewerbsbeschränkung ... 96
4. Die Marktbeeinflussung ... 97
III. Genossenschaft und Kartell ... 97
IV. Das kartellrechtliche Verbot bezüglich Auslösungssumme ... 100

§ 11 Die Voraussetzungen zur Erhebung einer Auslösungssumme ... 104

I. Die Vorschrift der Statuten ... 104
1. Die Notwendigkeit statutarischer Verankerung ... 104
2. Der notwendige Statuteninhalt ... 105
II. Das Vorliegen bestimmter Ausscheidenstatbestände ... 107
1. Ausscheidenstatbestände ... 107
a) Tod natürlicher Personen ... 107
b) Austritt und Ausschliessung ... 108
2. Anderweitiger Schwund spezifischen Wirtschaftssubstrates ... 108
III. Das Erwachsen eines Schadens im Sinne von Art. 842 Abs. 2 OR ... 110
1. Der anrechenbare Schaden ... 110
a) Unveränderte Aufwandskosten ... 110
b) Wegfall bisheriger Einkünfte ... 112
c) Umstellungskosten ... 117
2. Die Erheblichkeit des Schadens ... 118
a) Der erhebliche Schaden ... 118
b) Die Gefährdung des Fortbestandes der Genossenschaft ... 119

§ 12 Die Bemessung der Auslösungssumme ... 120

I. Die Angemessenheit ... 121
II. Die Festsetzung des Schadens ... 121
1. Die verschiedenen Arten von Schaden ... 121
2. Die Festsetzung des Schadens pro Jahr ... 122
3. Die Festlegung der Einstandsdauer ... 123
III. Die Bestimmung des Ersatzes ... 126
1. Das Selbstverschulden der Genossenschaft ... 126
2. Die schadenserhöhende Prädisposition des Betriebes ... 128
3. Die Notlage des Ausscheidenden ... 130
4. Die Schranke von Art. 842 Abs. 3 OR ... 131

§ 13 Die Realisierung der Forderung auf Bezahlung einer Auslösungssumme ... 132

I. Das zur Festsetzung der Auslösungssumme zuständige Organ ... 132
II. Die richterliche Überprüfbarkeit geforderter Auslösungssummen ... 135
III. Das Schicksal der Auslösungssumme bei ausgeschlagener Erbschaft ... 136

Literaturverzeichnis

AB-YBERG ALOIS, Die Haftung der Genossenschafter nach schweizerischem Rechte, Diss Zürich 1941.

BALSIGER WILLY, Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Genossenschaft, Diss Zürich 1923.

BERNHEIMER RUTH, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1949.

BIERI FRIEDRICH, Der Mitgliedschaftswechsel in der landwirtschaftlichen Genossenschaft nach Art. 850 rev. OR in wirtschaftlicher und rechtlicher Betrachtung, Diss Bern 1945.

BORNER BRUNO, Der Abfindungsanspruch ausscheidender Genossenschafter, Diss Zürich 1948.

VON BÜREN BRUNO, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil (Art. 184–551), Zürich 1972.

CAPITAINE GEORGES, L'évolution du droit coopératif suisse, in: Revue des études coopératives *42* (Paris 1963) 15–35 (CAPITAINE GEORGES, L'évolution).

– Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins *89* (Bern 1953) 97–121 (CAPITAINE GEORGES, Partcularités).

DESCHENAUX HENRI, Obligations propter rem, in: Ius et lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz), Basel 1959, S. 711–747.

DETMERS KURT, L'acquisition ipso iure de la qualité de membre d'une Société Coopérative, Diss Lausanne 1946.

DRAHEIM GEORG, Die Genossenschaft als Unternehmungstyp, Göttingen 1952 (DRAHEIM GEORG, Unternehmungstyp).

– Genossenschaft und Erwerbsunternehmung, in: Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen *4* (Göttingen 1954) 125–148 (DRAHEIM GEORG, Erwerbsunternehmung).

DUBS ROLF, Einführung in die Betriebswirtschaftslehre und Rechtskunde, 1. Halbband, Teil I. der Betriebswirtschaftslehre, herausgegeben von Dr. Emil Gsell, Zürich 1971.

EGGER AUGUST, Revision des Genossenschaftsrechtes, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *41* (Basel 1922) 107a–243a (EGGER AUGUST, Revision).

– Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Einleitung und Personenrecht, Zweite Auflage, Zürich 1930 (EGGER AUGUST, Kommentar).

EHRET PETER, Das besondere Mitgliedschaftsverhältnis der Versicherungsgenossenschaft, Diss Bern 1933.

FORSTMOSER PETER, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Das Obligationenrecht; Die Genossenschaft, Lieferungen 1 und 2, Systematischer Teil und Art. 828–851 OR, Bern 1972/1974.

FREY JAKOB-GUSTAV, Mitgliedschaft und Mitgliedschaftswechsel bei der Genossenschaft, Diss Basel 1943 (FREY JAKOB-GUSTAV, Mitgliedschaft).

– Die Vormerkung der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft nach Art. 850 OR, in: Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht *25* (Wädenswil 1944) 73–84 und 129–144 (FREY JAKOB-GUSTAV, Vormerkung).

FRIEDRICH HANS-PETER, Das Genossenschaftskapital im schweizerischen Obligationenrecht, Basel 1943.

GERWIG MAX, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957 (GERWIG MAX, Genossenschaftsrecht).

– Die Genossenschaft, in: Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, veranstaltet von der Basler Handelskammer, Basel 1937, S. 149–192 (GERWIG MAX, Genossenschaft).

GUHL THEO, Das neue Aktiengesellschafts- und Genossenschaftsrecht der Schweiz, Zürich 1937 (GUHL THEO, Genossenschaftsrecht).

– Das Schweizerische Obligationenrecht, Sechste, bereinigte Auflage, bearbeitet von Dr. iur. HANS MERZ und Dr. iur. MAX KUMMER, Zürich 1972 (GUHL/MERZ/KUMMER).

GUTKNECHT HERMANN, Die finanziellen Berechtigungen und Verpflichtungen der Genossenschafter, Diss Bern 1937.

GUTZWILLER MAX, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Obligationenrecht; Die Genossenschaft, Zürich 1972/1974 (GUTZWILLER MAX, Kommentar).
– Die Genossenschaft im Spiegel der bundesgerichtlichen Judikatur, in: Festgabe der Juristischen Fakultät Freiburg zur 77. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Fribourg 1943 (GUTZWILLER MAX, Judikatur).
– Das Vermögen der Genossenschaft heute, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins *108* Bern 1972) 225–250 (GUTZWILLER MAX, Vermögen).
– Zum Problem der Freiheit bei der Wahl der Verbandsperson, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *84*, erster Halbband (Basel 1965) 223–244 (GUTZWILLER MAX, Freiheit).
– Das Recht der Verbandspersonen, Grundsätzliches, in: Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Basel und Stuttgart 1967, S. 425–513 (GUTZWILLER MAX, Verbandspersonen).
GYSIN ARNOLD, Ergebnisse und Erfordernisse der Revision des Genossenschaftsrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *50* (Basel 1931) 317–411 (GYSIN ARNOLD, Ergebnisse).
– Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *49* (Basel 1930) 364–429 (GYSIN ARNOLD, Grundlinien).
HAFTER RUDOLF PETER, Die personenrechtliche und kapitalistische Struktur der Genossenschaft im neuen Obligationenrecht, Diss Bern 1938.
HAGER ARTHUR, Der Austritt des Genossenschafters und die daran geknüpften Rechtsfolgen, in: Berner wirtschaftswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 50, Bern 1948.
HEINI ANTON, Rundgang durch das schweizerische Genossenschaftsrecht, in: Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen *10* (Göttingen 1960) 191–211 (HEINI ANTON, Rundgang).
– Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, zweiter Band, Basel und Stuttgart 1967, S. 515–569 (HEINI ANTON, Vereine).
HENSEL EDUARD, Das Generalversammlungsrecht der Genossenschaft nach dem neuen Schweizerischen Obligationenrecht, Diss Zürich 1942.
HENSEL WALTER, Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht, Diss Zürich 1947.
HOMBERGER ARTHUR, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Sachenrecht; Besitz und Grundbuch, zweite Auflage, Zürich 1938.
HUBER EUGEN, Eintritt und Austritt von Mitgliedern einer Gemeinschaft, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *40* (Basel 1921) 5–39.
JAGGI ERNST, Die landwirtschaftlichen Genossenschaften, in: Genossenschaftswesen in der Schweiz, Veröffentlichungen der Deutschen Genossenschaftskasse, Band 6, herausgegeben von Ernst-Bernd Blümle, Frankfurt a. M. 1969, S. 37–62.
JAUSSI HANS, Die Austrittsverhältnisse in der Genossenschaft und ihre Wirkung auf den Kredit, Diss Zürich 1924.
JOST ARTHUR, Die Realobligation als Rechtsinstitut, mit besonderer Berücksichtigung des schweizerischen Sachenrechts, Bern 1956.
KÄFER KARL, Die Erfolgsrechnung, in: Mitteilungen aus dem handelswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich, Heft 136, Zürich 1970.
KÖNIG RICHARD, Die Revision des schweizerischen Genossenschaftsrechtes, Gutachten des schweizerischen Bauernsekretariates, in: Mitteilungen des schweizerischen Bauernsekretariates, Nr. 67, Brugg 1922 (KÖNIG RICHARD, Gutachten).
– Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Funktion der Genossenschaft im neuen Genossenschaftsrecht, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins *71* (Bern 1935) 457–472 (KÖNIG RICHARD, Funktion).
KORACH ALEXANDER, Die Genossenschaft als Rechtsform für Kartelle, Diss Zürich 1973.
KUMMER MAX, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter gemäss Art. 854 OR, untersucht für die verschiedenen Arten von Genossenschaften, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 273, Bern 1949 (KUMMER MAX, Gleichbehandlung).
– Der Begriff des Kartells, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 372, Bern 1966 (KUMMER MAX, Kartell).

– Die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *73* (Basel 1954) 163–205 (Kummer Max, Willenserklärung).

Liver Peter, Die Realobligation, in: Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, herausgegeben von Hans Merz, Bern 1972, S. 207–237 (Liver Peter, Realobligation).

Die Löschung infolge Unterganges des dinglichen Rechtes, in: Peter Liver, Privatrechtliche Abhandlungen, Festgabe zum 70. Geburtstag des Verfassers, herausgegeben von Hans Merz, Bern 1972, S. 349–375 (Liver Peter, Löschung).

Mayer Eduard, Die Nachschusspflicht im schweizerischen Recht der Handelsgesellschaften und Genossenschaften, Diss Zürich 1944.

Meier-Hayoz, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht; Das Sachenrecht; Das Eigentum, Systematischer Teil und Art. 641–654 ZGB, Bern 1959.

Merz Hans, Das Schweizerische Kartellgesetz, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 376, Bern 1967 (Merz Hans, Kartellgesetz).

Über die Schranken der Kartellbindung, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Heft 302, Bern 1953 (Merz Hans, Kartellbindung).

Miescher Ruth, Der Schutz des Genossenschafters bei Zweckänderung, Diss Basel 1950.

Milchgutachten, Gutachten über die kartellrechtliche Zulässigkeit des Vorkaufsrechtes der Milchverbände und der Auslösungssummen der Milchproduzentengenossenschaften, in: Veröffentlichungen der Schweizerischen Kartellkommission, Heft 1, 1969, 4. Jahrgang, Zürich 1969, S. 28–82.

Oftinger Karl, Schweizerisches Haftpflichtrecht, erster Band, Allgemeiner Teil, Zürich 1975.

Ogrin Nicolae, Die rechtliche Struktur der Genossenschaft, Diss Bern 1930.

Ohm Hans, Die ökonomische Theorie der Genossenschaft als Ausgangsbasis für ihre Abgrenzung von den Kartellen, in: Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen *2* (Göttingen 1952) 273–284.

Paulick Heinz, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Ein Lehr- und Handbuch, in: Quellen und Studien des Instituts für Genossenschaftswesen an der Universität Münster, Band IX, Karlsruhe 1956.

Preisbildungskommission, Kartell und Wettbewerb in der Schweiz, 31. Veröffentlichung der Preisbildungskommission des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Bern 1957.

Ringwald L., Probleme der Auslösungssumme beim Austritt aus einer Genossenschaft, in: Basler Juristische Mitteilungen *1968* (Basel 1968) 163–176.

Schluep Walter R., Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *92*, zweiter Halbband (Basel 1973) 153–557.

Schneider Werner, Der Schutz des Genossenschaftskapitals unter besonderer Betrachtung der Bilanzierungsvorschriften, Diss Basel 1949.

Schuh Jörg, Die rechtliche Struktur der schweizerischen Genossenschaft, in: Genossenschaftswesen in der Schweiz, Veröffentlichungen der Deutschen Genossenschaftskasse, Band 6, herausgegeben von Ernst-Bernd Blümle, Frankfurt a. M. 1969, S. 13–36.

Spiro Karl, Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins *88* (Bern 1952) 449–470 und 497–533.

von Steiger F., Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes, zweite Auflage, Zürich 1963 (von Steiger F., Grundriss).

– Die Eintragungen der Genossenschaft im Handelsregister, Zürich 1939 (von Steiger F., Eintragungen).

– Ist bei einer Genossenschaft ein automatischer Verlust der Mitgliedschaft möglich?, in: Die Schweizerische Aktiengesellschaft, XVI. Jahrgang, Zürich 1943/44 (von Steiger F., Mitgliedschaft).

von Steiger Werner, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Obligationenrecht; Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zürich 1965.

Stiehle Carl Egon, Der Eintritt in die Genossenschaft und die daran geknüpften Rechte und Pflichten, Diss Bern 1947.
Studer Walter, Die Vormerkung der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft nach OR Art. 850, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge *58* (Basel 1939) 263–292.
Tanner Walter, Die vermögensrechtlichen Grundlagen der Genossenschaft, Diss Bern 1949.
von Thur Andreas, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, zweite ergänzte Auflage, herausgegeben von Alfred Siegwart, Zürich 1942/1944 (von Thur/Siegwart).
Troxler Werner, Die Treuepflicht des Genossenschafters, Diss Freiburg 1953.
Ulrich Hans, Die Unternehmung als produktives soziales System, Bern 1968.
Vogel Walter, Die Genossenschaft als Rechtsform für Bankunternehmen nach schweizerischem Recht, Diss Zürich 1939.
Winkler René, Die Begründung und Beendigung der Mitgliedschaft in der Genossenschaft nach schweizerischem OR, Diss Basel 1948.
Zumbühl Franz, Die korporationsrechtlichen Leistungspflichten in der Genossenschaft, Diss Zürich 1943.

Materialien

Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, von Eugen Huber, 1919, Art. 638–687 und Art. 794–841 (Entwurf I, E I).

Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, von Eugen Huber, 1920, S. 41–95 und S. 140–168 (Bericht I).

II. Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend Revision der Titel XXIV bis XXXIII des Obligationenrechts, von A. Hoffmann, 1923, Art. 830–914 (Entwurf II, E II).

Zweiter Bericht über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, von A. Hoffmann, 1923, S. 97–122 (Bericht II).

Protokoll der Expertenkommission, herausgegeben vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement, 1928, S. 550–656 (Protokoll).

Bundesrätlicher Entwurf eines Bundesgesetzes betreffend die Revision der Titel 24 bis 33 des Obligationenrechts, 1928, Art. 817–911. Bundesblatt 1928, Band I, S. 423–446 (Entwurf III, E III).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel 24 bis 33 des schweizerischen Obligationenrechts, vom 21. 2. 1928, Bundesblatt *1928* I 284–303 (Botschaft).

Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung *1932 1936* (Sten Bull), Nationalrat (NR), Ständerat (StR).

Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes (BGE).

Entscheidungen des Obergerichtes des Kantons Luzern (Maximen).

Statuten von Genossenschaften.

Musterstatuten von Genossenschaftsverbänden.

1. Teil: Die Genossenschaft

§ 1 Begriff und Begriffsmerkmale der Genossenschaft

I. Der Begriff der Genossenschaft

Als Genossenschaft des Obligationenrechts bezeichnet Art. 828 OR die als Körperschaft organisierte Verbindung einer nicht geschlossenen Zahl von Personen oder Handelsgesellschaften, die in der Hauptsache die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe bezweckt.

Mit dieser Aussage beleuchtet das Gesetz das charakteristische Innere dieser Assoziationsform eigener Prägung, jene Merkmale hervorhebend, die einen Zusammenschluss von Personen oder Handelsgesellschaften als genossenschaftlichen erkennen lassen. Damit ist allerdings noch nichts ausgesagt darüber, wie die Genossenschaft im Rechtsverkehr zu behandeln ist. Erst Art. 838 Abs. 1 OR legt in Berücksichtigung und konsequenter Anwendung von Art. 52 Abs. 1 ZGB fest, dass die Genossenschaft das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung im Handelsregister erlange. Erst diese Vorkehr – und nicht schon die Tatsache körperschaftlicher Organisation – verleiht dem genossenschaftlich ausgestalteten Zusammenschluss rechtliche Eigenständigkeit [1], macht diesen zu einer Genossenschaft im Rechtssinne [2]. In der Folge wird dieses formelle Erfordernis stillschweigend stets als erfüllt vorausgesetzt.

«Mitglieder» sind für ein körperschaftlich organisiertes Rechtssubjekt unentbehrlich. Deshalb liegt darin auch kein die Genossenschaft als solche auszeichnendes und somit entscheidendes Begriffsmerkmal. Hier sei denn auch lediglich festgehalten, dass das Gesetz mit dem Ausdruck «Verbindung ... von Personen oder Handelsgesellschaften» neben diesen letzteren sowohl den natürlichen als auch den juristischen Personen den Zugang zur Genossenschaft offenhält [3].

II. Die entscheidenden Begriffsmerkmale

Die entscheidenden Merkmale, welche eine körperschaftlich organisierte Verbindung von Personen oder Handelsgesellschaften gerade zu einer Genossenschaft stempeln und gleichzeitig von andern Assoziationsformen des Privat-

1 VON BÜREN BRUNO, S. 265 266.
2 VON STEIGER F., Eintragungen, S. 14.
3 FORSTMOSER PETER, Kommentar, N. 54 zu Art. 828 OR.

rechts abheben, sind einmal *die bestimmten wirtschaftlichen Mitgliederinteressen*, welche es zu fördern oder zu sichern gilt, sodann *die gemeinsame Selbsthilfe*, auf welchem Weg dieser Zweck verwirklicht werden soll, und schliesslich *die nicht geschlossene Mitgliederzahl.*

1. Die bestimmten wirtschaftlichen Mitgliederinteressen

Mitgliederinteressen sind dann als *wirtschaftliche* zu qualifizieren, wenn die betreffende Verbandsperson ihren Mitgliedern einen Geld- oder Sachvorteil unmittelbar oder mittelbar zuführen soll[4], wenn ihr aufgegeben ist, ihren Trägern einen vermögenswerten Nutzen zu vermitteln. Ein solcher Sachverhalt liegt bei der Genossenschaft vor. Die Genossenschaftsidee hat denn auch auf dem Boden wirtschaftlicher Not Wurzeln geschlagen und sich ausgebildet, hat wirtschaftlich notleidende Individuen erfasst und als Genossen zu gemeinsamem Werk zusammengetrieben[5]. – Das genossenschaftliche Werk soll nun aber ganz *bestimmten* wirtschaftlichen Mitgliederinteressen gerecht werden, die sich ihrerseits an konkreten Bedürfnissen der einzelnen Genossenschafter entzünden und orientieren. Nicht vermögenswerte Nützlichkeit schlechthin wird gesucht, losgelöst von der wirtschaftlichen Situation jedes einzelnen Mitgliedes, dem abstrakten Bestreben genügend, dass das Unternehmen nur rentiere. Echte Genossenschaft nimmt Bezug auf spezifische Sachverhalte, die sich in der Wirtschaftssphäre des einzelnen Genossenschafters einstellen und nach geeigneten Massnahmen rufen, deren Vorkehr aber die Kräfte des einzelnen übersteigt oder deren Realisierung in der Gemeinschaft mit gleichermassen Betroffenen allen einen gleichmässigen Vorteil verspricht. Echte Genossenschaft erstrebt somit sachverhaltsgerechte Leistung der Verbandsperson, zugeschnitten auf bestimmte und insofern auch bestimmende Bedürfnisse der Träger des gemeinschaftlichen Werkes.

2. Die gemeinsame Selbsthilfe

Es ist zutreffend, die gemeinsame Selbsthilfe als Kern, Brennpunkt, Sammelpunkt der Genossenschaft zu bezeichnen[6], wenn damit ausgedrückt werden soll, sie sei das die Genossenschaft vor allem auszeichnende und ihr recht eigentümliche Begriffsmerkmal[7]. Ungenau ist es, die gemeinsame Selbsthilfe als eigentlichen Sinn und Zweck der Genossenschaft hinzustellen[8]. Denn Zweck genossenschaftlicher Verbindung ist einzig und allein die Förderung oder

[4] Vgl. Heini Anton, Vereine, S. 523.
[5] Egger August, Revision, S. 122a; Jaggi Ernst, S. 38.
[6] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 11 zu Art. 828 OR.
[7] Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 2.
[8] Wie dies Gutzwiller Max, Kommentar, N. 11 zu Art. 828 OR, und ähnlich auch Paulick Heinz, S. 7, tun.

Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder; die gemeinsame Selbsthilfe hingegen ist Mittel und Weg, welcher die genossenschaftliche Anstrengung in adäquaten Bahnen zur Erreichung des aufgegebenen Zweckes hinführen soll[9]. Sind bestimmte wirtschaftliche Bedürfnisse der einzelnen Mitglieder Motiv des genossenschaftlichen Zusammenschlusses, so kann der Zweck dieser organisierten Verbindung nur die Befriedigung eben dieser Bedürfnisse sein, soweit sich das durch deren Förderung oder Sicherung bewerkstelligen lässt. Niemals aber ist die gemeinsame Selbsthilfe der eigentliche Zweck genossenschaftlicher Aktion. Denn Zweck bedeutet «Soll», in der Zukunft liegender, noch unrealisierter Zustand; demgegenüber muss sich gemeinsame Selbsthilfe von der Geburtsstunde des genossenschaftlichen Unternehmens an dauernd vollziehen, will die einmal ins Leben gerufene Aktion nicht fruchtlos bleiben.

Damit ist allerdings noch nichts ausgesagt über die Eigenart der gemeinsamen Selbsthilfe, noch nicht positiv formuliert, inwiefern diese der Genossenschaft ihren spezifischen Charakter verleiht. Notwendiger Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist der genossenschaftliche Zweck: die Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der «Mitglieder». Dieses keineswegs nebensächliche Begriffselement[10] bezeichnet den Bestimmungsort der genossenschaftlichen Aktion, legt fest, wem die Früchte der gemeinsamen Anstrengung zukommen sollen, für wen die Genossenschaft zu arbeiten hat. Die Mitglieder – Genossenschafter – sind also die Destinatäre der genossenschaftlichen Leistungen, sind die Nutzniesser des genossenschaftlich verwirklichten Vorteils[11]. Auf diesem Hintergrund betrachtet, orientiert am Ziel, wird die gemeinsame Selbsthilfe verständlicher. *Selbsthilfe* also deshalb, weil die Träger und Förderer der angestrebten Nützlichkeit auch deren Destinatäre und Nutzniesser sind[12]. Und *gemeinsame Selbsthilfe* darum, weil die Kräfte des einzelnen, isoliert für sich, nicht ausreichen, den ersehnten Erfolg herbeizuführen, weil die Notlage aller gleichermassen Betroffenen nach gemeinschaftlicher, koordinierter Aktion ruft[13]. Echte Genossenschaft will sich selbst genügen, ist introvertiert, will nicht eine Lücke des offenen Marktes füllen, nicht als Faktor in die rauhe Bise der allgemeinen Wirtschaft treten. Im Gegenteil: sie will ihre Mitglieder aus der unmittelbaren Abhängigkeit von der Marktwirtschaft her-

[9] Vgl. Forstmoser Peter, Kommentar, N. 93–106 zu Art. 828 OR, insbesondere die bezügliche Überschrift: «V. Das Mittel zur Zweckverfolgung: die gemeinsame Selbsthilfe».

[10] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 18 zu Art. 828 OR.

[11] Schuh Jörg, S. 16: «Die Förderung der Mitglieder – das wohl bedeutsamste Element bei der Begriffsbestimmung der Genossenschaft – geschieht nicht nur für sie, sondern hat durch sie zu geschehen; anders formuliert: durch deren aktive Mitarbeit. Dem trägt die Legaldefinition Rechnung, wenn sie von der ‚gemeinsamen Selbsthilfe' spricht.»

[12] Vgl. Paulick Heinz, S. 9.

[13] Vgl. Paulick Heinz, S. 6.

auslösen, indem sie ihnen bestimmte Leistungen direkt zukommen lässt, die aber nur durch das Zusammengehen mehrerer Bedürftiger ermöglicht und nur so lange erbracht werden können, als dieses Zusammengehen andauert, als die gemeinsame Selbsthilfe zugunsten aller Mitglieder vollzogen wird. Wirtschaftlich gesehen stellt der funktionale Ablauf genossenschaftlicher Aktion einen Kreis dar, der Ursprung und Ende beim bedürftigen Mitglied hat. Und genau in diesen Grenzen vollzieht sich die gemeinsame Selbsthilfe der Mitglieder. Solche Betrachtungsweise erlaubt, vom «zentripetalen Zug der echten Genossenschaft» [14] zu sprechen.

3. Die nicht geschlossene Mitgliederzahl

Art. 839 Abs. 2 OR erlaubt den Genossenschaften, in ihren Statuten «nähere Bestimmungen über den Eintritt» zu treffen, was bedeutet, die Aufnahme eines Nachsuchenden dürfe von der Erfüllung bestimmter Bedingungen abhängig gemacht werden. Der Gesetzgeber hat diese Befugnis eingebettet zwischen den Appell zur Wahrung des Grundsatzes der nicht geschlossenen Mitgliederzahl und das Verbot übermässiger Erschwerung des Eintrittes. Im Hinblick auf diese Ordnung wurde vom Prinzip der «offenen Tür» gesprochen [15]. – Bereits der Hinweis darauf, dieser Grundsatz sei in allen Genossenschaftsgesetzen verankert [16], lässt vermuten, dass es sich dabei um ein genossenschaftliches Wesenselement handeln muss. Berücksichtigt man denn auch die wirtschaftliche Gesetzlichkeit, dass eine erhöhte Mitgliederzahl die Wirksamkeit gemeinsamer Selbsthilfe bedeutend stärkt und dass deren ethischer Gehalt Bereitschaft gebietet, letztlich jedem Nachsuchenden die genossenschaftlichen Einrichtungen zur Verfügung zu stellen, dann muss die nicht geschlossene Mitgliederzahl geradezu als «eminent genossenschaftliches Kennzeichen» [17] hingestellt werden. Dieser Grundsatz will Bestrebungen der Altmitglieder verhindern, sich aus eigennützigen Motiven abzukapseln [18], weil dabei immer genossenschaftsfremde Zwecke eine Rolle spielen dürften [19] und zur Gewinnmacherei an Nichtmitgliedern führten [20]. Die Genossenschaft soll auch nach ihrer Gründung Zufluchtsort aller gleichermassen bedürftigen Interessenten sein, jenem kategorischen Imperativ gehorchend, sich mit allen jenen Hilfesuchenden in die geschaffene Fortkommenshilfe zu teilen, die sich auf Grund der tatsächlichen Umstände in derselben Notlage befinden, welche bereits schon die Gründer zu gemeinschaftlicher Aktion bestimmt hatte.

[14] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 18 zu Art. 828 OR.
[15] Egger August, Revision, S. 168a.
[16] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 666, Systematischer Teil.
[17] Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 8.
[18] Draheim Georg, Unternehmungstyp, S. 35.
[19] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 231.
[20] Egger August, Revision, S. 166a.

So vielversprechend solch erhebende Ausdeutung des nüchternen Grundsatzes anmutet, sie vermag nicht über die Tatsache hinwegzutäuschen, dass Art. 839 OR keinen durchsetzbaren Anspruch auf Aufnahme einräumt; ganz einfach deshalb nicht, weil sich jeder Kontrahierungszwang mit der privatrechtlichen Vertragsfreiheit nicht verträgt. Nach schwankender Praxis während Jahrzehnten [21] hat sich das Bundesgericht unlängst zu dieser Erkenntnis durchgerungen und klar verneint, dass die fragliche Bestimmung des Genossenschaftsrechts Anspruchsgrundlage für die Aufnahme in die Genossenschaft sein könne [22]; ein Entscheid, der von wissenschaftlicher Seite als «grosser» gefeiert wurde [23].

§ 2 Wichtige Wesenszüge der Genossenschaft

Die dargestellten Begriffsmerkmale erlauben es, die Genossenschaft als gesetzlichen Assoziationstypus in den Griff zu bekommen. Sie haben sich im geschichtlichen Lauf der Genossenschaftsbewegung herauskristallisiert, wurden dem Gesetzgeber bei dessen Ringen um Erkenntnis als einzelne typische Wesensäusserungen dieser Assoziationsform bewusst und haben sich ihm als die eigentlichen genossenschaftlichen Elemente zuhanden einer Begriffsbestimmung aufgedrängt. Ihrerseits sind sie Produkt des genossenschaftlichen Gedankens, den der Gesetzgeber zu erfassen hatte und aus dem heraus der Genossenschaft ihr spezifisches Recht zu geben war [1]. Der genossenschaftliche Gedanke seinerseits ist Initiative und Programm, orientiert an konkreten Gegebenheiten, durch herrschende tatsächliche Verhältnisse auf den Plan gerufen, auf spezifischem Nährboden gewachsen, nämlich der wirtschaftlichen Notlage einzelner Rechtssubjekte. Er enthält die Wesenszüge genossenschaftlicher Aktion, von denen die wichtigsten besprochen seien.

I. Fehlendes Gewinnstreben

Das schweizerische Obligationenrecht behandelt in seiner dritten Abteilung [2] «Die Handelsgesellschaften [3] und die Genossenschaft» [4]. Diese Überschrift

21 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 704; vgl. BGE *82* II 292ff, Erw. 8.
22 BGE *98* II 221ff, Erw. 4 und 5.
23 ZBJV *110* (1974) 84–86.
1 Egger August, Revision, S. 140a und 243a; König Richard, Funktion, S. 459 und 470.
2 Art. 552–926 OR.
3 Die Kollektivgesellschaft Art. 552–593 OR
Die Kommanditgesellschaft Art. 594–619 OR
Die Aktiengesellschaft Art. 620–763 OR
Die Kommandit-Aktiengesellschaft Art. 764–771 OR
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 772–827 OR
4 Art. 828–926 OR.

birgt Gemeinsamkeit und Unterscheidung zugleich. Eine *Unterscheidung* wird dadurch angedeutet, dass die Genossenschaft neben den Handelsgesellschaften überhaupt besondere Erwähnung findet [5]. Die *Gemeinsamkeit* liegt darin, dass in dieser Abteilung des Gesetzes Assoziationsformen integriert sind, welche regelmässig [6] wirtschaftliche Zwecke verfolgen [7]. Dieser wirtschaftliche Zweck zwingt sowohl die Handelsgesellschaften als auch die Genossenschaft dazu, durch ihre Tätigkeit einen «geldwerten Vorteil» [8], einen vermögenswerten Nutzen, zu realisieren, der letztlich den Gesellschaftern oder Mitgliedern zugute kommen soll. Insofern besteht Gemeinsamkeit zwischen Handelsgesellschaften und Genossenschaft. Eine Differenzierung aber bringt die Antwort auf jene Frage, auf Grund welchen wirtschaftlichen Gebarens dieser geldwerte Vorteil erarbeitet wird, aus welchen Quellen diese vermögenswerte Nützlichkeit geschöpft wird.

Die *Handelsgesellschaft* lanciert einen Vorstoss in das Feld des offenen Marktes, um am allgemeinen Kräftespiel von Angebot und Nachfrage teilzuhaben. Sie wirbt um die Gunst von Dritten, denen sie ihre Leistungen gegen Entgelt anbietet, und hofft, sich in diesem Kampfe – neben Konkurrenten – zu behaupten. Alle ihre Anstrengungen werden aber vom alleinigen Bestreben beseelt, letzten Endes einen geldwerten Gewinn herauszuwirtschaften. – Demgegenüber bewirkt *genossenschaftliche Aktion* zunächst einmal einen Rückzug aus diesem Feld des offenen Marktes. Sie strebt an, die Genossenschafter aus dessen Abhängigkeit herauszulösen, indem sie ihnen eine bestimmte wirtschaftliche Leistung aus eigenen Kräften heraus selber vermitteln will, damit sie nicht mehr auf die Angebote des offenen Marktes angewiesen seien. Echte Genossenschaft will den offenen Markt ausschalten, ist bestrebt, dort zu bezahlende Gewinnmargen einzusparen [9]. Im Gegensatz zur Handelsgesellschaft wirbt sie nicht um die Gunst des Dritten, um an ihm als Kunden einen Gewinn zu erzielen. «Sie verfolgt wirtschaftliche Zwecke, ohne doch Handel zu treiben, ohne Gewinnstreben; denn sie beruht in der Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe, d. h. auf dem Gedanken des sozialen Handels [10].»

[5] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 243, Systematischer Teil.

[6] Ausnahmen von dieser Regel sind zulässig:
- für die Aktiengesellschaft gemäss Art. 620 Abs. 3 OR,
- für die Genossenschaft gemäss Art. 92 Abs. 2 HRegV.

[7] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 243, Systematischer Teil.

[8] Heini Anton, Vereine, S. 523.

[9] Hager Arthur, S. 50: Die Vorteile der Genossenschaft werden sich regelmässig daraus ergeben, «dass die Genossenschaft infolge Fehlens eigenen Gewinnstrebens der vorteilhaftere Gegenkontrahent sein wird als irgend ein Dritter, der eben in erster Linie Wahrer seiner eigenen Interessen ist.»

[10] Gutzwiller Max, Freiheit, S. 228/229.

Die Handelsgesellschaft verschafft ihren Trägern, den Gesellschaftern, den geldwerten Vorteil bloss *mittelbar*, indem sie ihre Leistung, ihr Produkt, über den Handel mit Dritten gewinnbringend «vermarktet» und die Gesellschafter am daherigen Geschäftsergebnis teilhaben lässt. – Demgegenüber erstrebt die Genossenschaft eine geldwerte Nützlichkeit, die ihren Mitgliedern *unmittelbar und direkt* zugute kommen soll [11]. Insofern ist genossenschaftliche Wirtschaft nicht zu den Unternehmungen zu rechnen, wenn man solche als «soziale Systeme, die entgeltliche Leistungen für Dritte erbringen» [12], bezeichnet [13]. Die gleiche Tatsache führte bereits zur Aussage, die Genossenschaft sei introvertiert [14].

II. Fehlendes kapitalistisches Moment

Die Negation des kapitalistischen Prinzips durchzieht das genossenschaftliche Schrifttum wie ein roter Faden. Diese Auffassung ist zutreffend. - Kapitalistische Organisation richtet sich nach dem alleinigen, gewissermassen abstrakten Kriterium des Einsatzes von Geld oder von in Geld bewerteten Sachen. Nach diesem Einsatz – und nur nach diesem – bemisst sich der Anteil des einzelnen Mitgliedes an der Willensbildung des Verbandes, er allein ist ausschlaggebend, in welchem Umfang das einzelne Mitglied am wirtschaftlichen Erfolg des Verbandes und an dessen Vermögen teilhat. In konsequenter Anwendung dieses Axioms orientiert sich die Stimmkraft des Aktionärs in der Generalversammlung am Nennwert der ihm zustehenden Aktien [15]. Sein Recht auf Anteil am Reingewinn bemisst sich nach jenem Betrag, den er auf das Grundkapital einbezahlt hat [16], und in gleicher Weise wird errechnet, in welchem Umfang er an einem allfälligen Liquidationsergebnis teilhat [17]. – Unverfälschte Genossenschaft will mit solcher Regelung der internen Verhältnisse nichts zu tun haben, weil ihre Ziele nicht kapitalistische sind; sie darf es nicht, weil das Gesetz andere, eben genossenschaftliche, Grundsätze aufstellt [18], als da sind:

[11] König Richard, Funktion, S. 465;
Forstmoser Peter, Kommentar, N. 259, Systematischer Teil.
[12] Schluep Walter R., S. 251.
[13] Ohm Hans, S. 278: «So gelangen wir zum Schluss, dass der Genossenschaftsbetrieb keine Unternehmung darstellt»; Draheim Georg, Erwerbsunternehmung, S. 133, in Präzisierung zu Ohm Hans, «keine erwerbswirtschaftlich-kapitalistische Unternehmung».
[14] Siehe oben, S. 15.
[15] Art. 692 Abs. 1 OR.
[16] Art. 660 Abs. 1 und 661 OR.
[17] Art. 660 Abs. 2 und 661 OR.
[18] Capitaine Georges, Particularités, S. 109: «La caractéristique du droit coopératif suisse est donc que le sociétaire, contrairement à l'actionnaire, n'a pas de droit acquis légal ni sur la fortune ni sur les bénéfices de la société, ni sur le produit net de sa liquidation.»

1. Genossenschaftliche Stimmrechtsordnung

Art. 885 OR räumt dem Genossenschafter in der Generalversammlung eine und nur eine Stimme ein. Diese Regel ist zwingend[19] und kann demzufolge durch die Statuten nicht beseitigt werden. Solche personale Ausgestaltung der Stimmrechtsverhältnisse ist es, welche kapitalistischen Unternehmen den Zugang zur Genossenschaft versperrt; mit dieser Vorschrift steht und fällt die echte Genossenschaft[20].

2. Genossenschaftliche Vermögensordnung

a) Fakultatives Vermögen

Für die Genossenschaft ist es vom Begriff her nicht vonnöten, ein Vermögen zu haben. Damit ist dem kapitalistischen Prinzip die erste entscheidende Absage erteilt. Denn mit der Loslösung der Genossenschaft von Vermögen schlechthin erlangt diese zugleich auch eine grundsätzliche Unabhängigkeit von allfälligem Kapitaleinsatz ihrer Mitglieder. – Besteht ein Genossenschaftsvermögen, gewinnt dieses für den einzelnen Genossenschafter dann an Aktualität, wenn er ausscheidet oder wenn die Genossenschaft aufgelöst wird. In beiden Fällen distanziert sich aber das Genossenschaftsrecht von kapitalistisch orientierter Auseinandersetzung.

b) Vermutete Nichtabfindung Ausscheidender

Das Ausscheiden eines Genossenschafters kann zu Abfindungsansprüchen gegenüber der Körperschaft führen, wenn solche Ansprüche ihren Rückhalt in den Statuten finden. Wenn nicht, gilt laut Art. 865 Abs. 1 OR die gesetzliche Vermutung, dem Ausscheidenden stünden keine Ansprüche auf Ausrichtung eines Teils des Genossenschaftsvermögens zu.

c) Vermutungsweise zweckgebundene Verwendung eines Liquidationsüberschusses

Am Liquidationsüberschuss – dem nach Tilgung sämtlicher Schulden und Rückzahlung allfälliger Genossenschaftsanteile verbleibenden Vermögen der Genossenschaft[21] – partizipieren die einzelnen Genossenschafter nur dann, wenn sie die Statuten dazu berechtigen. Ansonst ist der Liquidationsüberschuss gemäss Art. 913 Abs. 4 OR vermutungsweise zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen zu verwenden, womit sich das Gesetz wiederum von kapitalistischer Denkweise distanziert und erneut hervorhebt, dass die Genossenschaft nicht individualistischer Gewinnerzielung,

[19] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 1 zu Art. 885 OR.
[20] Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 35.
[21] Art. 913 Abs. 4 OR in Verbindung mit Art. 913 Abs. 2 OR.

sondern sozialen Zwecken dienen soll[22]. - Und eine nochmalige Absage des Genossenschaftsrechts an das kapitalistische Prinzip liegt darin, dass es bei Fehlen eines anderslautenden Verteilungsschlüssels in Art. 913 Abs. 3 OR befiehlt, ein allfälliger Liquidationsüberschuss sei unter die Genossenschafter nach Köpfen zu repartieren.

3. Genossenschaftliche Reinertragsverteilung

So sehr sich echte Genossenschaft darum bemühen mag, den wirtschaftlichen Verkehr mit ihren Mitgliedern rein kostendeckend zu gestalten, kommt sie in den meisten Fällen nicht darum herum, Beiträge, Benutzungsgebühren oder Warenpreise um jenen Zuschlag anzuheben, der ihr gestattet, Preisschwankungen und Folgen ungleichmässigen Geschäftsganges aufzufangen. Solche Geschäftspolitik kann dann zu einem positiven Ergebnis der Betriebsrechnung führen, zu einer betriebswirtschaftlichen Erscheinung, die das Gesetz als «Reinertrag» bezeichnet[23], die aber nicht Gewinn im eigentlichen Sinn des Wortes ist[24].

Bei Schweigen der Statuten fällt der Reinertrag gemäss Art. 859 Abs. 1 OR vollumfänglich in das Genossenschaftsvermögen, womit sich das Genossenschaftsrecht auch hier ausgeprägt antikapitalistisch geriert. Diese Denkweise erfährt eine Steigerung in Art. 859 Abs. 2 OR, wonach eine allfällige Verteilung vermutungsweise nach Massgabe der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die einzelnen Mitglieder zu geschehen hat. Es entspricht diese Verteilungsart in vollkommenster Weise genossenschaftlichem Wesen[25] und ist zugleich deutlichste Negation kapitalistischer Auffassung. Die französische Wissenschaft nennt sie «la ristourne»[26].

Durchaus nicht kapitalistisch ist aber auch die Ausschüttung von Reinertrag auf Grund der liberierten Anteilscheine, eine Verteilungsart, die das Gesetz ausdrücklich billigt. Laut Art. 859 Abs. 3 OR darf jedoch der auf die Anteile entfallende Betrag den landesüblichen Zinsfuss für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen. Mit dieser allgemein gehaltenen Begrenzung nach oben schiebt das Gesetz jedem ungenossenschaftlichen Geldeinsatz den Riegel und bewahrt die Genossenschaft vor gewinngierigen Kapitalanlegern. Gleichzeitig wird die also beschränkte Kapitalhingabe anerkannt als möglicher und legitimer genossenschaftlicher Einsatz, ohne welchen wohl in den meisten Fällen nicht auszukommen wäre.

22 Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 97.
23 Art. 858 ff OR.
24 Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 77.
25 Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 77.
26 Capitaine Georges, L'évolution, S. 26: «La ristourne ... est l'essence même de toute véritable société coopérative.»

III. Personalbezogenheit

Allgemein folgt der Negation kapitalistischer Struktur der Genossenschaft die Hervorhebung von deren Personalbezogenheit auf dem Fuss. Während manche Autoren diesen personalen Charakter eher kategorisch als absoluten hervorheben[27], schwächen andere ihre diesbezügliche Aussage dahingehend ab, die Genossenschaft sei «vorwiegend Personenvereinigung»[28]. Beide Äusserungen vermögen so lange nicht zu befriedigen, als sie den jeweiligen Ausgangspunkt ihrer Betrachtung nicht aufzeigen. Eine Differenzierung tut not; klar zu trennen ist nämlich der Gesichtspunkt der rechtlichen Organisation von jenem der wirtschaftlichen Realität.

Die Frage danach, welche Subjekte von der Genossenschaft rechtsverbindlich ergriffen werden, führt zur einzig möglichen Antwort, die Genossenschaft sei ausschliesslich Personenvereinigung. Die Mitglieder sind das rechtliche Substrat der Genossenschaft. Genau wie beim Verein bilden Personen, Rechtssubjekte, die rechtliche Grundlage der Verbandsperson, «nicht der Apport des einzelnen an Vieh oder sonstiger Fahrhabe»[29]. Stehen nun aber beim Verein sittliche Aspekte dieser Person[30], dem Mitglied inhärente Werte, im Vordergrund und will der Verein die einzelne Person um der Existenz ebendieser Qualitäten willen erfassen, zielt die Genossenschaft darauf ab, das einzelne Mitglied als Träger konkreter wirtschaftlicher Bedürfnisse zu organisieren. Nicht einer bestimmten Mentalität wegen, sondern als Betroffene einer spezifischen wirtschaftlichen Situation suchen die Genossenschafter den Zusammenschluss. Rechtlich binden sie dabei ihre Person; «vergenossenschaftet» jedoch wird dabei ein wirtschaftliches Anliegen, von welchem Prozess sich die einzelnen Mitglieder die Befriedigung jener Bedürfnisse versprechen, welche sie zur gemeinsamen Aktion zusammengetrieben hatten: die Errichtung von Wohnraum, die Erzeugung von Energie, die Verwertung von Produkten, der Einkauf von Bedarfsgütern.

Rechtlich beurteilt, Organisation von Personen; wirtschaftlich betrachtet, Koordination der Bedürfnisbefriedigung: das sind die zwei Komponenten, denen der Gesetzgeber anlässlich der Revision gerecht werden musste. Eine

[27] Guhl Theo, Genossenschaftsrecht, S. 97: «...auch die Genossenschaft ruht, wie der Verein, ganz auf der persönlichen Beteiligung ihrer Mitglieder und steht somit im Gegensatz zur Aktiengesellschaft, die durchwegs als reine Kapitalgesellschaft aufgefasst wird»; von Steiger F., Eintragungen, S. 11; Capitaine Georges, Particularités, S. 109.

[28] Gutzwiller Max, Judikatur, S. 15: «Die Genossenschaft ist nach der ihr vom Gesetzgeber zugedachten Funktion vorwiegend Personenvereinigung, im Gegensatz zur AG als reiner Kapitalvereinigung»; König Richard, Funktion, S. 460: «Die Genossenschaft ist vorwiegend Personal-, die AG. Kapitalvereinigung.»

[29] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 76, Einleitung.

[30] Gemäss Art. 60 Abs. 1 ZGB nämlich: politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, wohltätige, gesellige oder andere nicht wirtschaftliche.

schwierige Aufgabe, wenn man bedenkt, welch hohe Bewertung der personale Charakter der Genossenschaft unter der Herrschaft des alten Rechts genoss. Das geltende Genossenschaftsrecht legt nun Zeugnis ab von der Erkenntnis des Gesetzgebers, dass in vielen Fällen der vom Genossenschafter «eingebrachte» wirtschaftliche Sachverhalt für die Genossenschaft eminent wichtiger ist als die Persönlichkeit des Mitgliedes. Auf Grund dieser Einsicht wurden Ausnahmen von der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft zugelassen. Unter diesen fallen insbesondere die Vererblichkeit und die grundbuchliche Vormerkung der Mitgliedschaft auf, Institute, die ermöglichen, eine Person selbst wider ihren Willen zum Genossenschafter zu machen. Es ist verständlich, dass diese Neuerung auch Gegner auf den Plan rief. Insbesondere der Bestimmung des heutigen Art. 850 OR wurde genossenschaftswidrige Versachlichung vorgeworfen [31]. Glücklicherweise blieb der Gesetzgeber seiner Aufgabe treu, ein den tatsächlichen Bedürfnissen entsprechendes Recht zu schaffen. Dabei mangelte es ihm denn auch nicht an Unterstützung seitens der Wissenschaft; Gysin [32] nannte den heutigen Art. 850 OR eine «grundlegende Bestimmung, die geradezu eine neue Epoche des Genossenschaftsrechts inauguriert». Und selbst die Gegner anerkannten deren Rechtfertigung in wirtschaftlicher Hinsicht [33]. – In rechtlicher Hinsicht wird auch heute noch einzig und allein die Person des Mitgliedes gebunden, ist nicht sachlicher Apport das Substrat seiner Mitgliedschaft. Insofern bestätigt auch das Institut von Art. 850 OR die Personalbezogenheit der Genossenschaft. Dieser rechtliche Aspekt täuscht aber nicht über die begrüssenswerte Einsicht des Gesetzgebers hinweg, dass in genossenschaftlich organisierter Kooperation «eine neuartige Zusammenlegung wirtschaftlicher Elemente» [34] zu erblicken ist.

§ 3 Arten von Genossenschaften

Die genossenschaftsrechtliche Auslösungssumme tritt als mögliche Folge bestimmter Fälle des Mitgliedschaftsverlustes in Erscheinung, falls sie statutarisch vorgesehen ist. Aber bei weitem nicht alle Genossenschaften bedienen sich ihrer. Diese Tatsache führt zur Annahme, dass nur bestimmte Genossenschaften der Statuierung einer Auslösungssumme bedürfen. In seinem Gutachten zur Revision des Genossenschaftsrechtes bezeichnete Egger dieses von ihm grundsätzlich befürwortete Institut als den «Ort, wo direkt auf die in Frage kommen-

[31] Ogrin Nicolae, S. 90: «Durch solche statutarische Bestimmung wird die Mitgliedschaft ganz versachlicht. Vom Personalcharakter bleibt keine Spur mehr.»
[32] Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 341.
[33] Ogrin Nicolae, S. 90.
[34] Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 325.

den Genossenschaftsarten verwiesen werden müsste» [1], eine Anregung, die in der Folge keine Beachtung fand. EGGERS Sorge wird verständlich, wenn man bedenkt, dass die Auslösungssumme im Zeitpunkt der Revisionsarbeiten – und vielleicht noch heute – in erster Linie als schärfstes «Instrument der Verbandsbindung» [2] und damit als bedenklicher Einbruch in das hochgehaltene Prinzip der Austrittsfreiheit betrachtet wurde. Offenbar wollte EGGER möglichen Missbräuchen den Riegel schieben und durch die gesetzliche Ermächtigung bestimmter Genossenschaften, sich das Institut der Auslösungssumme zunutze machen zu dürfen, alle andern von deren Anwendung ausschliessen. Es darf als gesetzgeberische Klugheit betrachtet werden, EGGERS Postulat nicht verwirklicht zu haben, und wäre dieser Entschluss lediglich auf Unfähigkeit zurückzuführen. Denn die Ergebnisse aller Versuche, die Genossenschaften nach Arten zu gruppieren, sind – je nach den der Gliederung zugrunde gelegten Kriterien – höchst unterschiedlich und gegenseitig unvergleichbar. Es kann sich nicht darum handeln, an dieser Stelle einen weiteren Versuch der Einteilung zu unternehmen, noch findet eine Auseinandersetzung statt mit den zahlreichen bisher je unternommenen dieser Art. Jene Genossenschaften hervorzuheben, denen sich die Statuierung einer Auslösungssumme aufdrängt, bedarf anhand der vorliegenden Arbeit zu gewinnender Erkenntnisse. Dabei haben sich die notwendigen Erörterungen nicht so sehr auf den Gegenstand genossenschaftlicher Wirtschaft als vielmehr auf deren vermögensrechtliche Grundlagen, ihren ökonomischen Aufbau, ihre interne wirtschaftliche Ausgestaltung zu konzentrieren.

I. Genossenschaften mit Vermögen

An und für sich sind Genossenschaften ohne Vermögen denkbar; in Tat und Wahrheit dürfte es allerdings kaum solche geben. – Ohne in die Tiefen bilanzwissenschaftlicher Kontroversen vorzustossen [3], wird hier das Vermögen der Genossenschaft als «Summe ihrer geldwerten Rechte» [4] definiert. Die Betriebswirtschaftslehre zergliedert dieses Vermögen in Anlage- und Umlaufvermögen, beiden Teilen je verschiedene Funktionen beimessend [5]. Diese Un-

[1] EGGER AUGUST, Revision, S. 178a.
[2] GYSIN ARNOLD, Ergebnisse, S. 372; ZUMBÜHL FRANZ, S. 64.
[3] Vgl. dazu KÄFER KARL, S. 14–19.
[4] GUTZWILLER MAX, Vermögen, S. 241.
[5] ULRICH HANS, S. 277ff.
DUBS ROLF, S. 93ff, gibt folgende Umschreibungen:
Anlagevermögen: «Teile des Vermögens, die der Unternehmung während längerer Zeit oder dauernd zur Verfügung stehen und kaum oder überhaupt nicht am Umsatz teilnehmen.»
Umlaufvermögen: «Teile des Vermögens, die innert mehr oder weniger kurzer Zeit umlaufen und in andere Form umgewandelt werden.»

terscheidung legt nun aber nahe, Genossenschaften, die allfällige geldwerte Mittel nicht auf längere Sicht binden, nicht «investieren», weil die Verfolgung ihres Zweckes gar keine «Anlagen» irgendwelcher Art voraussetzt, nicht einfach als Genossenschaften ohne Vermögen zu bezeichnen, werden diese doch in den meisten Fällen über ein Umlaufvermögen verfügen; so auch die Genossenschaften mit reiner Verbandstätigkeit. Jedenfalls schliesst das Fehlen eines wirtschaftlichen und wirtschaftenden Betriebes nicht notwendigerweise das Vorhandensein eines Vermögens schlechthin aus, anerkennt doch – zutreffenderweise – auch das Vereinsrecht ein Vereinsvermögen [6].

Führt die Frage nach der Funktion verschiedener Vermögensteile zur Gegenüberstellung von Anlage- und Umlaufvermögen, legt jene nach der Herkunft eines allfälligen Genossenschaftsvermögens dessen Quellen frei.

1. Eigenmittel

a) Genossenschaftskapital

Genossenschaftskapital ist buchhalterische, bilanzrechtliche Wirklichkeit. Im genossenschaftlichen Unternehmen ist es nicht als greifbare Einheit vorhanden, sondern in irgendwelchen beliebigen Vermögenswerten angelegt, investiert. Als bestimmte Grösse erscheint es lediglich auf der Passivseite der Bilanz und macht dort erkennbar, welcher Teil des Genossenschaftsvermögens – in Geld ausgedrückt – von den Mitgliedern mittels Liberierung von Anteilscheinen aufgebracht worden ist [7]. Das Genossenschaftskapital ist gleich der Summe der Nennwerte sämtlicher ausgegebenen Anteile, selbst wenn diese nicht vollständig einbezahlt worden sind [8]. Für die Genossenschaft – aber noch mehr für deren Gläubiger – ist nun von Bedeutung, dass diese Summe auf der Passivseite der Bilanz Sperrposten, Sollziffer ist und als solche für alle Teile verbindlich festlegt, bis zu welchem Wert bei konkretem, gleichbleibendem Mitgliederbestand ein Reinvermögen der Genossenschaft mindestens vorhanden sein muss. Dem Genossenschaftskapital fällt demnach die Funktion zu, ein Haftungssubstrat für die Gläubiger zu sichern, eine bestimmte Wertsumme des Vermögens in eigentümlicher Weise zu binden [9].

Grundsatz und Umfang der Pflicht zur Übernahme von Anteilen durch die einzelnen Genossenschafter bedürfen laut Art. 833 Ziff. 1 OR der Verankerung in den Statuten. Möglicherweise äussern sich diese auch über allfällige Modalitäten der Liberierung [10]. Schweigen sie diesbezüglich, so wird der gesamte

[6] Art. 73 Abs. 1 ZGB.

[7] Friedrich Hans-Peter, S. 9 und 99/100.

[8] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 213/214; Friedrich Hans-Peter, S. 100/101.

[9] Vgl. Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 208–219, insbesondere S. 211.

[10] Zu ihrer Verbindlichkeit bedürfen Bestimmungen über Sacheinlagen gemäss Art. 833 Ziff. 2 OR unbedingt der Aufnahme in die Statuten.

Nennwert eines jeden Anteils mit dessen Übernahme sofort zur Zahlung fällig [11], welcher Schluss aus der Regel von Art. 75 OR zu ziehen ist. Die Genossenschaft kann auch einen beliebig hohen Prozentsatz dieser Forderung stunden [12], wodurch deren Fälligkeit entsprechend hinausgeschoben wird [13].

b) Investierter Ertrag

Unter investiertem Ertrag sind jene Vermögenswerte zu verstehen, die aus dem Ertrag der genossenschaftlichen Unternehmung selbst herrühren, aus ihrem Haushalt erübrigt werden konnten. Die Maxime, echte Genossenschaft habe auf Gewinnerzielung zu verzichten, erleidet dadurch keinen Einbruch.

Verschiedene Bedürfnisse erheischen die Realisierung eines Ertrages. An erster Stelle ist das Gebot vorsichtiger Geschäftsführung zu nennen, welches die Genossenschaft zwingt, Mitgliederbeiträge, Benutzungsgebühren und Warenpreise so hoch anzusetzen, dass die Kosten des unmittelbaren, primären Aufwandes sicher gedeckt werden können. Solche Kalkulation wird aber in den meisten Fällen zu einem Ertragsüberschuss führen. Alsdann erfordern allfällige Einrichtungen und bestehende Schulden eine sukzessive Amortisation, was nur mittels Ertragsüberschüssen zu verwirklichen ist. Letztere Operation kann als sekundärer Aufwand bezeichnet werden.

Besonderer Beachtung bedarf, wie mit einem allfälligen Reinertrag zu verfahren ist. Als solcher gilt, was von den Ertragsüberschüssen nach Abzug des primären und sekundären Aufwandes übrigbleibt. Gemäss Art. 859 Abs. 1 OR fällt ein Reinertrag aus dem Betriebe der Genossenschaft vollumfänglich in deren Vermögen, wenn die Statuten nichts anderes bestimmen. Und selbst bei ausgeschüttetem Reinertrag ist gemäss Art. 860 OR ein entsprechender Zwanzigstel einem Reservefonds zuzuweisen, der gleich dem Genossenschaftskapital – als Sperrposten auf der Passivseite der Bilanz figuriert und nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen [14] angetastet werden darf.

c) Nachschusspotential

Schliesslich fallen unter die Eigenmittel die potentiell geschuldeten Nachschüsse der Mitglieder gemäss Art. 871 OR, die bei statutarisch verankerter Pflicht zur Deckung von Bilanzverlusten eingefordert werden dürfen. Ein Bilanzverlust wird verursacht durch Unterbilanz oder Überschuldung. In Genossenschaften mit einem Genossenschaftskapital wird von Unterbilanz gesprochen, wenn der Überschuss der Aktiven über die Passiven wertmässig

[11] Friedrich Hans-Peter, S. 82; Tanner Walter, S. 27.
[12] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 213.
[13] von Thur/Siegwart, S. 485/486.
[14] Art. 860 Abs. 3 OR.

geringer ist als das Genossenschaftskapital. In den andern Genossenschaften ist von Überschuldung zu sprechen, wenn die Passiven die Aktiven übersteigen [15]. Die Nachschusspflicht ermöglicht alsdann genossenschaftsinterne Sanierung des gestörten Finanzhaushaltes zur Vermeidung von dessen Zusammenbruch [16]. Diese konkursvermeidende Funktion der Nachschusspflicht kann für den Vermögensbestand einer existenzwilligen Genossenschaft entscheidend sein. Bereits hier sei darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber der Nachschusspflicht auch Sicherungsfunktion zugunsten der Gläubiger zugedacht hat, eine Tatsache, die unter dem Gesichtspunkt der Kreditwürdigkeit der Genossenschaft Erörterung finden wird [17].

2. Fremdmittel

Als Fremdmittel haben alle jene Vermögenswerte der Genossenschaft zu gelten, welche diese weder aus eigenem Vermögen noch auf Grund korporativer Rechtspflichten der Mitglieder erworben hat. Fremdmittel stammen aus Drittgeschäften und basieren wohl meistens auf Darlehen oder auf Rechtsgeschäften, die wirtschaftlich betrachtet ähnliche Wirkungen erzeugen, beispielsweise auf Käufen mit längerfristiger Stundung der Kaufpreisforderung. Alle diese Geschäfte belasten die genossenschaftliche Bilanz mit einem entsprechenden Passivum und werden vom Dritten in aller Regel nur dann eingegangen, wenn die betreffende Genossenschaft über ausreichende Kreditwürdigkeit verfügt.

II. Genossenschaften mit ausgeprägtem Kreditbedarf

Dieser Gruppe sind jene Genossenschaften zuzurechnen, welche nicht in der Lage sind, die für den Genossenschaftsbetrieb unentbehrlichen Mittel vollumfänglich aus eigenen Kräften – der Verbandsperson selber oder ihrer Mitglieder – aufzubringen. Erfahrungsgemäss dürfte es sich stets um Genossenschaften handeln, deren Betriebe *teure Investitionen* oder *umfangreiche Liquidität* erfordern. Sind aber diese beiden Bereiche für einen allfälligen Kreditbedarf ursächlich, bedeutet das, die Genossenschaft suche ausserhalb der eigenen Reihen Geld. Wer aber der Genossenschaft Geld gibt, will dieses dereinst vollständig zurückbezahlt erhalten. Für die Rückzahlungsfähigkeit ist in erster Linie die Vermögenslage der Genossenschaft ausschlaggebend, unter diesem Gesichtspunkt aber auch die Antwort auf die Frage, auf wessen Vermögen notfalls gegriffen werden könnte. In dieser Hinsicht fällt auch der einzelne Genossen-

[15] Mayer Eduard, S. 36.
[16] Kummer Max, Gleichbehandlung, S. 125; Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 296.
[17] Siehe unten, S. 28.

schafter in Betracht, sofern er für Verbindlichkeiten der Genossenschaft persönlich haftet oder zu Nachschüssen verpflichtet ist.

1. Genossenschaften mit persönlich haftenden Mitgliedern

Gemäss Art. 868 OR haftet für Verbindlichkeiten der Genossenschaft ausschliesslich deren Vermögen, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Art. 869 Abs. 1 OR erlaubt den Genossenschaften[18], «nach dem Genossenschaftsvermögen» die Mitglieder persönlich haften zu lassen, was zutreffendenfalls bedeutet, dass primär stets die Genossenschaft einzustehen hat und die Mitglieder nur dann herangezogen werden können, falls Gläubiger im Genossenschaftskonkurs zu Verlust kommen. Eine derartige persönliche Haftung der Mitglieder ist in den Statuten ausdrücklich festzuhalten. – Von besonderem Interesse ist, welcher Haftungsbetrag auf das einzelne Mitglied entfällt. Bei beschränkter Haftung ist der gesamte Konkursverlust in jenem Verhältnis auf die einzelnen Genossenschafter zu verteilen, in welchem ihre Höchstbeträge zueinander stehen, wobei das einzelne Betreffnis diese individuelle Haftungsgrenze selbstverständlich nicht übersteigen darf. Bei unbeschränkter Haftung ist nach Köpfen zu repartieren. In beiden Fällen sind die Statuten frei, unter Wahrung des Gebotes der Gleichbehandlung eine andere Aufteilung vorzusehen[19].

2. Genossenschaften mit nachschusspflichtigen Mitgliedern

Die Nachschusspflicht fand bereits Erwähnung unter dem Gesichtspunkt des genossenschaftlichen Vermögensbestandes. Dort wurde auch bereits darauf hingewiesen, dass diesem Institut neben rein interner Sanierungs- auch *Sicherungsfunktion zugunsten der Gläubiger* zukommt[20]. Hier folgt die nähere Begründung.

Gemäss Art. 871 Abs. 1 OR kann die Nachschusspflicht «anstelle» der Haftung stehen und ist im Konkurs der Genossenschaft von der Konkursverwaltung gestützt auf Art. 871 Abs. 4 und 873 OR geltend zu machen und durchzusetzen. Gemäss Art. 10 GKV ist die Nachschusspflicht sogar zuerst, vor einer allfälligen persönlichen Haftung der Genossenschafter, zu beanspruchen. Demnach eignet der Nachschusspflicht auch Sicherungsfunktion zugunsten der Gläubiger, weshalb sie neben die Haftung zu stellen und im Zusammenhang mit der Frage nach der Kreditbasis der Genossenschaft zu erwähnen ist.

[18] Konzessionierte Versicherungsgenossenschaften ausgenommen.

[19] Zur Repartierung der Haftung vgl. KUMMER MAX, Gleichbehandlung, S. 130–134, insbesondere S. 133/134.

[20] Siehe oben, S. 27.

III. Genossenschaften je nach Ausgestaltung ihres Finanzhaushaltes

Bisher standen vermögensrechtliche Momente statischen Charakters – Genossenschaftskapital, gesetzliche Reserve, Nachschussreserve und Kredit – zur Diskussion, alles Faktoren des ökonomischen Unterbaues, Grundlagen, mit deren Hilfe ein genossenschaftlicher Betrieb erst einmal auf die Beine gestellt und erhalten wird. Eine andere Frage bleibt, wie auf dem so geschaffenen Instrument gewirtschaftet wird. Indem der Gesetzgeber in Art. 867 Abs. 1 OR die Regelung von Beitrags- und Leistungspflicht den Statuten anheimstellte, gewährte er den Genossenschaften grösste Freiheit in der Bestimmung der Art und Weise, wie diese ihre Mitglieder in Pflicht nehmen wollten, und liess ihnen freie Hand in der Wahl jener Ordnung, die ihnen die Deckung des laufenden Aufwandes sichern würde. Unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sind verschiedene Systeme denkbar.

1. Mitgliederbeiträge in Geld

Denkbar ist, dass die Genossenschafter periodisch zu erbringende Geldbeiträge schulden, sei es, dass solche jährlich oder in kürzeren Zeitabständen zu bezahlen sind. Diese Art von Mittelbeschaffung ist für solche Genossenschaften angängig, bei denen die *gemeinsame Aktion für alle Mitglieder von gleichmässigem Interesse* ist, so dass sich der daherige Aufwand billigerweise nach dem Kriterium der interessierten Köpfe (Gewerkschaften), allenfalls nach von diesen vertretenen Objekten (Viehbestand) aufteilen lässt. Dieses System ist nur dort praktikabel, wo *Aufwand und Repartierungsmassstab einigermassen konstant* sind.

2. Benutzungsgebühren

Häufig schaffen Genossenschaften Einrichtungen, einen «wirtschaftlichen Ort», an welchem das einzelne Mitglied ein spezifisches Bedürfnis befriedigen kann. Zu dieser Art von Genossenschaften sind jene zu zählen, deren Leistung in erster Linie in Arbeit oder in der Bereitstellung maschineller Anlagen besteht. Denkbar ist, dass der einzelne Genossenschafter diese Einrichtungen selber bedient (einfachere landwirtschaftliche Maschinen). In vielen Fällen dürfte jedoch die Genossenschaft geschultes Personal stellen (Grastrocknungsanlagen, Mähdrescher, Obstpressen, Käsereien). In beiden Fällen lässt sich die vom profitierenden Genossenschafter zu erbringende Gegenleistung am zutreffendsten als Gebühr bezeichnen. In derartigen Verhältnissen hat die Genossenschaft ihren laufenden Bedarf an Mitteln durch die Summe ebendieser Gebühren zu decken, hat demnach im voraus sorgfältig abzuschätzen, in welchem Ausmass die Benutzungsnachfrage anfallen wird. Solche Kalkulation wird sie in die Lage

versetzen, während derselben Rechnungsperiode für alle Interessenten gleichmässige Ansätze spielen zu lassen. Der grosse Vorteil dieses Systems liegt darin, dass sich die Last des Aufwandes verhältnismässig gleich auf die Benützer, die eigentlichen «Nutzniesser» des Gemeinschaftswerkes verteilt, womit das genossenschaftsechteste Prinzip, die Repartierung der Lasten nach Massgabe der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen, am reinsten verwirklicht wird. Gegenüber dem System der festen Mitgliederbeiträge in Geld birgt jenes allerdings die Gefahr, dass sich einzelne Genossenschafter unvorhergesehenerweise besagter Nutzung enthalten, so dass der budgetierte und notwendige Ertrag nicht herausgewirtschaftet werden kann. Zur Vermeidung solch unliebsamer Ausstände wird die Genossenschaft nicht darum herumkommen, einen wenn auch minimalen, Benutzungsgrad für das einzelne Mitglied statutarisch vorzuschreiben.

3. Preismargen

In zahlreichen Fällen verbindet sich genossenschaftliche Aktion mit dem Umsatz von Wirtschaftsgütern, sei es, dass solche vom Genossenschafter produziert und unter Mithilfe der Genossenschaft abgesetzt (Absatzgenossenschaften) oder aber jenem von dieser vermittelt und zugeführt werden (Bezugsgenossenschaften). Hier schaltet sich die Genossenschaft als Zwischenhändler ein, indem sie die fraglichen Güter selber zu Eigentum erwirbt und wieder absetzt. Der wirtschaftliche Vorteil einer Bezugsgenossenschaft liegt dann für das Mitglied einmal darin, dass diese, en gros einkaufend, vergünstigende Mengenrabatte einhandeln kann, und ferner darin, dass Gewinnmargen zugunsten eines dritten Zwischenhändlers regelmässig wegfallen. Dieser letztere Vorteil eignet auch einer Absatzgenossenschaft. In solchen Verhältnissen wird die Genossenschaft die Preise der Übernahme bzw. der Abgabe dem Mitglied gegenüber so festsetzen müssen, dass mit der Summe aller Margen, dem Ertrag, die genossenschaftlichen Unkosten gedeckt werden können. Näher besehen partizipiert dabei der einzelne Genossenschafter an den Lasten des Aufwandes genau so nach Massgabe der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen – hier in der Einkaufs- bzw. der Verkaufsorganisation bestehend – wie beim System der Benutzungsgebühren. Im Unterschied zu dort kann hier aber nicht von Gebühr gesprochen werden, ist doch das Entgelt für den gezogenen Vorteil in einen Kaufpreis eingebaut und stellt wirtschaftlich betrachtet eine Marge dar.

Ähnlich ist die Sachlage bei Genossenschaften, welche bestimmte Bedürfnisse der Mitglieder nicht in punktuellen Geschäften befriedigen, sondern diesem Dauerleistungen erbringen (Wasserversorgungs-, Versicherungsgenossenschaften). Wasserzinse und Prämien sind auch hier unkostendeckend zu bemessen. Besteht hier der Gegenstand genossenschaftlicher Wirtschaft auch

nicht im Umsatz von Waren, darf wohl trotzdem auch diese Art der Aufwanddeckung zum System der Preismarge gezählt werden, weil sie im wirtschaftlichen Effekt dieser gleichkommt.

Gerade das Beispiel der Wasserversorgungsgenossenschaft zeigt, dass die Leistungen der Genossenschaft oft vielschichtig sind und nicht bloss einen einzigen Wirtschaftsvorgang beschlagen. Betont man die Installation der Versorgungsanlage und den Anschluss des Abnehmers mehr als den Wasserbezug durch diesen, mag man eher geneigt sein, Wasserversorgungsgenossenschaften dem Gebührensystem zuzuschlagen. Dagegen ist durchaus nichts einzuwenden, will hier doch nicht ein scharf klassifizierendes Schema entworfen werden, als vielmehr aufgezeigt sein, welcher grundsätzlicher Systeme eine Genossenschaft sich bedienen kann.

IV. Genossenschaften je nach Ausgestaltung der Mitgliederpflichten

Erneut sei von Art. 867 Abs. 1 OR ausgegangen, wonach die Statuten die Beitrags- und Leistungspflichten der Mitglieder zu regeln haben, und an die Freiheit erinnert, welche die Genossenschaften dank dieser lapidaren Bestimmung bei der Ausgestaltung der internen Verhältnisse geniessen. In dieser grundsätzlichen Freiheit wurzelt das grösstmögliche Anwendungsgebiet für genossenschaftliche Tätigkeit, erlaubt sie doch, die Mitglieder zu Veräusserung, Gebrauch, Enthaltung oder Duldung zu verpflichten[21].

Vorab sei an die verschiedenen Pflichten erinnert, die den Aufbau des gemeinsamen Werkes, die Installation der genossenschaftlichen Einrichtungen, überhaupt ermöglicht haben: die Pflicht zur Übernahme von Anteilen, die Nachschusspflicht, die Pflicht zur Übernahme persönlicher Haftung. Neben diesen Pflichten mit durchwegs finanziellem Gehalt sind Frondienstpflichten denkbar, auf Grund deren der Genossenschafter eigenhändige Aufbauarbeit leistet. Man ist geneigt, solche Arbeitsleistungen neben den Apport von Sachwerten zu stellen. Kamen die genannten Pflichten unter dem Vermögensaspekt bereits zur Sprache, sollen nun jene in den Vordergrund treten, welche der spezifische Zweck der Genossenschaft bedingt und welche das genossenschaftliche Leben erst eigentlich ausmachen. Gemeint sind die Pflichten im Zusammenhang mit der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen, von diesen aber insbesondere die Benutzungspflicht selber. Dabei ist es zweckmässig, vorerst jenen Genossenschaften Aufmerksamkeit zu widmen, die ohne eine solche auskommen.

21 Vgl. Gutzwiller Max, Kommentar, N. 5 und 6 zu Art. 867 OR.

1. Genossenschaften ohne Benutzungspflicht

Manche Genossenschaften begnügen sich damit, ihre Mitglieder ausschliesslich für den Aufbau des statischen Fundamentes der genossenschaftlichen Wirtschaft heranzuziehen, sei es, dass diese nur Anteilscheine zu liberieren haben[22], sei es, dass sie darüber hinaus auch persönliche Haftung einzugehen, allfällige Nachschüsse zu versprechen[23] und eventuell auch ein Eintrittsgeld zu erlegen haben[24]. In diesen Fällen wird dann darauf verzichtet, das Mitglied zur Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen anzuhalten. Hinter solcher Beschränkung können verschiedene Motive stehen. Einmal kann die Tatsache ausschlaggebend sein, dass die genannten Leistungen allein schon die Genossenschaft befähigen, den ihr aufgetragenen Zweck zu realisieren. Massgebend mögen auch die herrschenden Umstände sein, die eine Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen durch die Mitglieder auch ohne Zwang garantieren; so etwa in Wasserversorgungsgenossenschaften, deren gegenteilige Sorge gebietet, dem Überkonsum und insbesondere der Vergeudung von Wasser mittels Konventionalstrafen zu steuern[25]. Und schliesslich ist denkbar, dass es der Genossenschaft gar nicht möglich wäre, ihre Einrichtungen sämtlichen Mitgliedern zur Verfügung zu stellen; das mag namentlich bei Wohn- und Baugenossenschaften zutreffen, wo die Mitgliedschaft höchstens ein Vorrecht begründet, bei freiwerdendem Wohnraum vor Nichtmitgliedern berücksichtigt zu werden.

2. Genossenschaften mit Benutzungspflicht

Der Tatbestand der «Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen» wird jedesmal dann erfüllt, wenn ein Mitglied einen wirtschaftlichen Vorgang, der im Rahmen des Zweckes der Genossenschaft liegt, über diese abwickelt. Ob es sich dabei um die Inanspruchnahme einer Spar- oder Kreditinstitution, einer Einkaufs- oder Verkaufsorganisation, eines Zuchtstiers, von einfachen Maschinen oder von hochtechnisierten Anlagen handelt, spielt keine Rolle. Der Genossenschafter, der Spargelder einlegt oder ein Darlehen bezieht, Waren einkauft oder Produkte abliefert, Rinder zur Deckung führt, die Motorwinde mietet oder Futtermittel trocknen lässt, bedient sich in allen diesen Fällen der genossenschaftlichen Einrichtungen und benutzt sie. Viele Genossenschaften auferlegen nun ihren Mitgliedern ausdrücklich eine solche Benutzungspflicht. Je nach Gegenstand ihres Betriebes, den Umständen und Interessen entsprechend, ist diese Verpflichtung bisweilen verschieden ausgestaltet und bemessen.

[22] Genossenschaft mund- und fussmalender Künstler, Au (Zürich), Statuten vom 6. 10. 1959.
[23] Schweizerische Raiffeisenkassen, Musterstatuten vom 5. 5. 1947/22. 6. 1963.
[24] Baugenossenschaft Reussbühl, Reussbühl-Littau (Luzern), Statuten vom 26. 3. 1966.
[25] Wasserversorgung Günikon, Hohenrain (Luzern), Statuten und Reglement vom 21. 5. 1942.

In Statuten landwirtschaftlicher Genossenschaftsverbände ist häufig die Vorschrift zu finden, die Mitglieder-Genossenschaften hätten Bezug oder Absatz bestimmter Güter ausschliesslich über den Verband zu tätigen[26].

Es kommt auch vor, dass die Genossenschafter nicht in derart umfassendem Ausmass zur Mitwirkung am genossenschaftlichen Leben herangezogen, sondern lediglich zu beschränktem, aber fest bestimmtem Umfang von Teilnahme verhalten werden. Denkbar ist, dass Bezugsgenossenschaften ihren Mitgliedern vorschreiben, jährlich für einen frankenmässigen Mindestbetrag Waren einzukaufen. Bei Sparkassen soll etwa die Pflicht zu periodischen Einlagen in bestimmter Höhe anzutreffen sein[27].

Verschiedene Gründe können zur Statuierung solcher *Benutzungspflicht* der Genossenschafter führen. Sparkassen mit periodischen Pflichteinlagen werden sich auf diesem Wege zusätzliche Mittel für das aktive Kreditgeschäft beschaffen wollen, wiewohl dieser Institution auch ein erzieherischer, den Sparsinn fördernder Wert zugedacht sein kann. Bezugsgenossenschaften mögen mitunter auch Ordnungszwecke verfolgen, nämlich das Ziel, ihr Warenlager bedarfsentsprechend gestalten und innert nützlicher Frist mit neuzeitlicher Ware dotieren zu können. Ausschlaggebend und entscheidend dürften aber in den meisten Fällen letztlich wirtschaftliche Überlegungen sein. Auseinanderzuhalten sind dabei interne und externe Faktoren; Sachverhalte und Gesetzlichkeiten, die in der Anlage des genossenschaftlichen Betriebes selber liegen oder aber im offenen Markt zu finden sind.

Als *interner Faktor* kommt die Tatsache in Frage, dass der genossenschaftliche Betrieb ungeachtet seiner Auslastung bestimmte, fixe Kosten für den laufenden Aufwand verursacht, deren Höhe konstant bleibt, auch wenn der gemeinsame wirtschaftliche Ort von den Genossenschaftern weniger intensiv frequentiert wird. Zu nennen wären etwa Mietzinsen für Lokalitäten, Löhne an Angestellte, Schuldzinsen für Fremdkapital und Amortisationsraten für Einrichtungen und Maschinen. Bei solchen Verhältnissen liegt es auf der Hand, dass die Genossenschafter danach streben, diese konstanten Lasten auf möglichst viele Träger zu verteilen. Gebieten die Umstände gar eine Repartierung nach Massgabe der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen, wird es naheliegen, dass die angestrebte gleichmässige Verteilung dadurch zu realisie-

[26] Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften (VOLG), Winterthur, Statuten vom 23.3.1971, § 17 lit. b:

«Die Genossenschaften sind verpflichtet:

den ganzen Bedarf an den von der Zentralstelle vermittelten Waren bei dieser zu decken und die von ihr benötigten Landesprodukte tunlichst zu liefern.

In besonderen Fällen kann der Verwaltungsrat auf begründetes Gesuch hin für einzelne Warengattungen Ausnahmen von der Bezugspflicht gewähren.»

[27] Vogel Walter, S. 115.

ren versucht wird, dass sämtliche Genossenschafter zu möglichst intensiver Benutzung verpflichtet werden.

Als *externer Faktor* fällt die Marktlage in Betracht, jenes Kräftefeld, in welchem sich Angebot und Nachfrage verschiedenster Teilnehmer messen und kreuzen. Insbesondere Bezugsgenossenschaften werden der marktwirtschaftlichen Gesetzlichkeit Rechnung tragen, dass allgemein um so günstigere Kaufsbedingungen zugestanden werden, je grössere Quanten gleichzeitig erworben werden, eine Tatsache, welche die Ausgestaltung der Stückpreise günstig beeinflussen wird. Soll der Genossenschaft solche Vorzugsstellung eines Grossabnehmers aber garantiert sein, wird sie ihrerseits ihre Mitglieder zur Abnahme gewisser Güter in bestimmtem Umfange zwingen. Das nun heisst nichts anderes, als dass sie eine Benutzungspflicht statuiert.

§ 4 Die gesetzliche Ordnung des Mitgliedschaftsverlustes

Das schweizerische Genossenschaftsrecht regelt in seinem dritten Abschnitt[1] den «Verlust der Mitgliedschaft». Für die vorliegende Arbeit von Bedeutung ist die Tatsache, dass die Auslösungssumme lediglich im Zusammenhang mit dem Austritt und der Ausschliessung Erwähnung findet, während sich das Gesetz bei anderen Ausscheidenstatbeständen darüber ausschweigt. Ziel dieses Paragraphen ist es, die gesetzliche Ausscheidensordnung systematisch zu durchdringen, ohne dass bereits hier darauf eingegangen wird, in welchen einzelnen Ausscheidensfällen die Genossenschaft berechtigt sein könnte, eine Auslösungssumme zu erheben. Hingegen wird schon jetzt entschieden, ob es sich bei den einzelnen Ausscheidenstatbeständen letztlich um Austritt oder Ausschliessung handelt. In der Praxis kommt dieser Unterscheidung insofern Bedeutung zu, als manche Genossenschaften ausgeschlossene Mitglieder schlechter stellen als ausgetretene, indem sie den ersteren jeden Anspruch auf Abfindung aus dem Genossenschaftsvermögen versagen.

I. Mitgliedschaftsverlust als direkte Folge ausgeübter Gestaltungsrechte

Als direkte Folge ausgeübter Gestaltungsrechte ist der Untergang der Mitgliedschaft zu bezeichnen bei:

- Austritt i. S. von Art. 842 ff OR,
- Ausschliessung i. S. von Art. 846 OR,
- Verlustigerklärung der Genossenschaftsrechte i. S. von Art. 867 OR.

In allen drei Fällen manifestiert entweder das Mitglied oder aber die Genossenschaft den direkten und gezielten Willen, dass die Gesamtheit jener Rechte und Pflichten ein Ende nehmen soll, welche das Verhältnis zwischen Genossenschafter und Verbandsperson während der Dauer des korporativen Zusammenlebens verbindlich festlegten. Allen drei Ausscheidenstatbeständen ist gemeinsam, dass sie direkte Rechtsfolge eines gültig ausgeübten Gestaltungsrechtes bilden. Denn nach Gesetz steht Genossenschafter (Austritt) und Genossenschaft (Ausschliessung, Verlustigerklärung) die Befugnis zu, auf Grund einseitig gebildeten Willens die Beendigung einer bestimmten Mitgliedschaft herbeizuführen; ein rechtlicher Akt, der unmittelbar wirkt und keiner Vollstrekkung bedarf[2].

[1] Art. 842–851 OR.
[2] Vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 42; vgl. von Thur/Siegwart, S. 20.

1. Der Austritt

Der Austritt beruht auf dem freien Willensentschluss des Mitgliedes. Beschnitten wird diese Freiheit insofern, als Art. 845 OR Konkursverwaltung und Betreibungsamt ermächtigt, im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens ungeachtet des Willens des betroffenen Genossenschafters dessen Mitgliedschaft aufzukündigen. Diese Befugnis der genannten Vollstreckungsorgane besteht allerdings nur dann, wenn dem betriebenen Genossenschafter ein Abfindungsanspruch zusteht. Eine weitere Schranke findet diese Freiheit der Willensbildung in Art. 842 Abs. 1 OR, wonach der Austritt nicht mehr erklärt werden darf, sobald die Auflösung der Genossenschaft beschlossen worden ist. Diese Vorschrift ist zwingend und gilt nicht nur bei genossenschaftsinternem Beschluss der Auflösung, sondern allgemein, sobald irgendein Auflösungsgrund eingetreten ist[3].

Der zum Austritt entschlossene Genossenschafter *hat seinen Willen* der Genossenschaft gegenüber *zu erklären*[4]. Das Gesetz fordert dafür keine besondere Form, verbietet aber auch nicht eine dahingehende Statutenvorschrift[5]. Besteht keine solche, wird die Rechtsregel von Bedeutung, dass Willensäusserungen auch stillschweigende sein dürfen[6]. Damit kann aber auch fraglich werden, wann schlüssiges Verhalten als rechtsgültige Erklärung des Austrittswillens aufgefasst werden muss. Man hat sich zunächst einmal darauf zu besinnen, dass mit dem Austritt ein Institut zugunsten des Genossenschafters errichtet worden ist. Demnach liegt es nahe, dass sich in den meisten Fällen dieser darauf berufen wird, sein Austrittsrecht gültig ausgeübt zu haben. Gemäss Art. 8 ZGB liegt es an ihm, zu beweisen, sich derart verhalten zu haben, dass der Genossenschaft bei objektiver Betrachtung kein anderer Schluss bleiben konnte als der, er habe dadurch seinen Austrittswillen manifestiert. An die Eindeutigkeit solchen Verhaltens sind nun aber hohe Anforderungen zu stellen. Denn die einseitige Befugnis des Mitgliedes birgt im Interesse seines Rechtsgegners zugleich die Pflicht, sich unmissverständlich zu äussern. Dieses Ergebnis führt zur Folgerung, dass schlüssiges Verhalten nur da als rechtsgültige Austrittserklärung gedeutet werden muss, wo solches mit einer ausdrücklichen Erklärung praktisch identisch ist. Im Zweifel ist zuungunsten des Genossenschafters zu entscheiden, stellt doch das Austrittsrecht eine einseitige Begünstigung dessen dar, der es in der Hand hat, den erforderlichen Beweis in seinem eigenen Interesse sicherzustellen. Wo Kündigungsfristen bestehen, sind um so höhere Anforderungen an die Eindeutigkeit schlüssigen Verhaltens

[3] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 23 zu Art. 842 OR.
[4] Vgl. Art. 843 Abs. 2 OR.
[5] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 3 zu Art. 843 OR; von Steiger F., Grundriss, S. 69.
[6] Art. 1 OR.

zu stellen. Hingegen muss sich die Genossenschaft ihrerseits dabei behaften lassen, wenn sie den fraglichen Genossenschafter nachweisbar als Ausgetretenen behandelt hat[7].

Die Austrittserklärung ist *an die Genossenschaft* zu richten, denn sie ist hinsichtlich des aufzuhebenden Rechtsverhältnisses «Gestaltungsgegner»[8]. Streitig kann werden, wer innerhalb der Genossenschaft Adressat einer Austrittserklärung sein muss, damit diese als rechtswirksam abgegeben gilt. Zu fragen ist, welchem Organ der Genossenschaft die Funktion zukommt, Willenserklärungen entgegenzunehmen. Vorwegzunehmen ist die Freiheit der Statuten, ein solches Organ zu bezeichnen. Ist dies nicht geschehen, ist die Austrittserklärung an jenes Organ zu richten, welchem umfassende Vertretungsmacht zukommt. Denn solche birgt die Kompetenz, für die Genossenschaft nach aussen hin aufzutreten und für diese Rechte und Pflichten zu erwerben[9], macht den betreffenden Funktionsträger zum Kontaktorgan im Verkehr mit Dritten. Einem solchen nun eignet nicht nur die aktive Rolle der Kundgebung, sondern auch die passive der Entgegennahme von Erklärungen. Bei der Genossenschaft kommt ebendiese umfassende Vertretungsmacht der Verwaltung zu[10], weshalb sie der Adressat allfälliger Austrittserklärungen ist. Zu erinnern ist hier noch an Art. 898 OR, wonach die Statuten Generalversammlung oder Verwaltung ermächtigen können, die Vertretungsmacht zu delegieren. Ist dies geschehen, aber kein bestimmtes Organ zur Entgegennahme von Austrittserklärungen bezeichnet worden, hat sicher jener Funktionsträger als rechtsgenüglicher Adressat einer solchen zu gelten, über den bisweilen die Beziehungen zwischen Genossenschaft und Mitgliedern abgewickelt wurden. Genügend ist auch die Erklärung gegenüber einem einzelnen Mitglied des zuständigen Organs[11].

2. Die Ausschliessung

Bei der Ausschliessung ist die Genossenschaft aktiver Initiant der Auflösung des korporativen Rechtsverhältnisses zwischen ihr und einem bestimmten Mitglied, und dieses ist betroffener Gestaltungsgegner. Dabei ist die Genossenschaft in ihrer Willensbildung souverän; ein einzelner Genossenschafter hat keinen klagbaren Anspruch auf Ausschliessung eines anderen Mitgliedes[12].

Nach Gesetz fällt die *Ausschliessungskompetenz* der Generalversammlung zu, darf jedoch statutarisch an die Verwaltung (l'administration, l'amministra-

7 Frey Jakob Gustav, S. 68.
8 Vgl. Guhl/Merz/Kummer, S. 42.
9 Vgl. Bürgi Wolfhart, Kommentar, N. 5 zu Art. 717 OR.
10 Gutzwiller Max, Kommentar, N. 5 zu Art. 894 OR.
11 Egger August, Kommentar, N. 17 zu Art. 54/55 ZGB.
12 Art. 685 aOR gewährte einen solchen Anspruch.

zione) übertragen werden. Diese gesetzliche Delegationsordnung ist als abschliessend zu betrachten. Das will heissen, die Ausschliessungskompetenz dürfe nur an die formelle Verwaltung i.S. von Art. 894/895 OR übertragen werden, wie auch immer dieses Organ sprachlich bezeichnet wird[13]; demnach nur an jenes gesetzlich bestimmte Kollektivorgan, das sich aus mindestens drei Personen, mehrheitlich Genossenschaftern und in der Schweiz wohnhaften Schweizer Bürgern, zusammensetzen muss. Eine weitere Delegation an fernere Organe oder Personen, übten diese gestützt auf Art. 898 OR eine noch so intensive Verwaltungstätigkeit im materiellen Sinne aus, ist nicht statthaft[14]. Diese Auslegung und Rechtsanwendung garantiert dem Betroffenen adäquate Behandlung, verbürgt ihm die Vorteile eines von verschiedenen Personen gefassten Mehrheitsbeschlusses und bewahrt ihn vor allfälliger Willkür eines allmächtigen Direktors, der nicht einmal Genossenschafter zu sein braucht. - Ein *Einbruch in diese Ordnung* ist dort zuzulassen, wo die Zugehörigkeit zu einer Genossenschaft derart mit einem bedingenden Grundverhältnis (Beamtung, Anstellung, Vertrag) verknüpft ist, dass sie mit dessen Hinfall ihre Existenzberechtigung verlieren muss, eine Rechtsfigur, die Art. 848 OR ausdrücklich anerkennt. Hier muss zugestanden werden, dass alle jene Organe oder Personen letztlich eine Ausschliessung herbeiführen dürfen, die zur Aufhebung des bedingenden Grundverhältnisses rechtens befugt sind[15]. Allerdings ist zu verlangen, dass die Statuten solche Abhängigkeit von einem primären Rechtsverhältnis unmissverständlich aufzeigen.

Von Gesetzes wegen geniesst der von der Ausschliessung betroffene Genossenschafter einen unentziehbaren *Rechtsschutz*. Einen Ausschliessungsbeschluss der Generalversammlung, habe diese als Primär- oder als Rekursinstanz entschieden, kann er innerhalb dreier Monate[16] gerichtlich anfechten. Diese Frist beginnt mit dem Eintreffen der bezüglichen Mitteilung beim Ausgeschlossenen zu laufen[17]. Anders wäre dieser Zeitpunkt nicht eindeutig feststellbar; man denke an die Möglichkeit der Urabstimmung nach Art. 880 OR.

Die gesetzliche Ordnung der Ausschliessung, insbesondere die Einräumung der Möglichkeit gerichtlicher Anfechtung, gebietet der Genossenschaft, ihren Ausschliessungsbeschluss auf *bestimmte Gründe* zu stützen[18]. Unbegründete

[13] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 15 zu Art. 846 OR, nennt als Beispiele: «Vorstand», «le comité», «le comité de direction», «le conseil de surveillance».

[14] BGE *80* II 71 ff, insbesondere 80 ff.

[15] Vgl. BGE *96* V 13 ff, wo das Bundesgericht im Hinblick auf genossenschaftlich organisierte Krankenkassen entsprechend entschieden hat.

[16] Diese dreimonatige Frist verdient insofern Beachtung, als gemäss Art. 891 OR Generalversammlungsbeschlüsse sonst innerhalb zweier Monate gerichtlich anzufechten sind.

[17] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 18 zu Art. 846 OR: «seit Bekanntgabe des Beschlusses».

[18] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 258.

Ausschliessung gibt es hier - im Gegensatz zum Vereinsrecht nicht. Nennen die Statuten keine Ausschliessungsgründe, dann können nur «wichtige Gründe» zur Ausstossung des unliebsam gewordenen Genossenschafters führen. Ob solche vorliegen, wird sorgfältige Untersuchung der Umstände des Einzelfalles beantworten müssen. Diese Beurteilung hat sich in erster Linie darüber Rechenschaft zu geben, welchen Zweck die Genossenschaft verfolgt und mit welchen Mitteln sie diesen zu verwirklichen sucht[19]. – Die Genossenschaft hat die Gründe zu nennen, die zur Ausschliessung geführt haben[20], hat in ihrer Mitteilung an den Betroffenen z. B. darzulegen, inwiefern er Umstände zu verantworten hat, in denen wichtige Gründe zu erblicken waren. Vernunft und Prozessökonomie zwingen zu diesem einzig praktikablen Schluss; wie könnte der Betroffene anders diesen Schritt der Genossenschaft erfolgreich anfechten?

3. Die Verlustigerklärung der Genossenschaftsrechte

Eine besondere Art der Ausschliessung[21], eine Art Kaduzierungsverfahren[22], stellt die einem Mitglied gegenüber ausgesprochene Verlustigerklärung seiner Genossenschaftsrechte gemäss Art. 867 OR dar.

Zunächst sei einmal die *Rechtsfolge* festgehalten, welche dieses Verfahren dem Betroffenen bringt: er verliert sämtliche Berechtigungen, die ihm durch seine Mitgliedschaft erwachsen waren, ist nicht mehr als Genossenschafter zu betrachten und steht ausserhalb dieser Verbandsperson wie jeder beliebige Dritte, mit dem Unterschied allerdings, dass er von der Genossenschaft noch belangt werden kann für Ansprüche, die während seiner Mitgliedschaft oder infolge ihres Unterganges fällig wurden, sofern die Statuten es nicht anders ordnen[23]. Besondere Beachtung verdient nun aber, dass diese einschneidende Art radikaler Eliminierung eines Mitgliedes aus der Körperschaft den Betroffenen zugleich eines jeden Rechtsmittels beraubt; weder ein Rekurs- noch ein Anfechtungsrecht ist ihm gegeben[24]. Als einzige Möglichkeit bleibt ihm, die Genossenschaft hinsichtlich allfälliger Ansprüche, die sie im Anschluss an die Verlustigerklärung gegen ihn stellt, durch Nichterfüllung zum Prozess gegen ihn zu zwingen. In dessen Verlauf kann er Mängel des Kaduzierungsverfahrens geltend machen, sei es, dass die gesetzlich vorgeschriebene Form missachtet worden ist, sei es, dass die materiellen Voraussetzungen für dessen Durchfüh-

19 Ähnlich Forstmoser Peter, Kommentar, N. 17 zu Art. 846 OR.
20 von Steiger F., Grundriss, S. 73; Forstmoser Peter, Kommentar, N. 26 zu Art. 846 OR.
21 Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 261.
22 Botschaft, S. 294.
23 Art. 867 Abs. 4 OR.
24 Vgl. Bürgi Wolfhart, Kommentar, N. 37 zu Art. 681/682 OR.

rung – Nichterbringen geschuldeter Leistungen – gefehlt hatten. Wichtig ist, dass er so lange schutzlos bleibt, als die Genossenschaft nicht an den Richter gelangt.

Das Gesetz ermächtigt die Genossenschaft zur Verlustigerklärung, ohne diese *Kompetenz* einem bestimmten Organ zuzuweisen. Die Verwaltung ist als zuständig zu betrachten. Dafür spricht einmal ein eher formaler Grund: die Tatsache nämlich, dass dieses Verfahren in enger Anlehnung an das aktienrechtliche Kaduzierungsverfahren geschaffen wurde[25], wo ausdrücklich der Verwaltung diese Befugnis zugesprochen wird[26]. Darüber hinaus drängt folgende Überlegung zum gleichen Schluss: Verlustigerklärung ist mögliche Folge von Säumigkeit des Mitgliedes im Erbringen geschuldeter Leistungen an die Genossenschaft, Folge also von Unregelmässigkeiten und Störungen im verbandsinternen Wirtschaftsablauf, im genossenschaftlich organisierten Haushalt. Kompetent zu entsprechenden Massnahmen muss demnach jenes Organ sein, das diesen inneren Haushalt überwacht, das in schöpferischer Weise die sachlichen und organisatorischen Massnahmen trifft und die Oberaufsicht über den Geschäftsgang hat; gerade dieses Organ ist die Verwaltung[27]. Aus denselben Gründen wie bei der Ausschliessung[28] kommt aber nur die nach Gesetz formelle Verwaltung im Sinne der Art. 894/895 OR in Frage.

Bisweilen verschieden beantwortet wurde die Frage, auf das *Ausbleiben welcher Leistungen* dieses Kaduzierungsverfahren angewendet werden dürfe. Der Wortlaut des Gesetzes leistet einer gewissen Unsicherheit Vorschub, indem Abs. 1 von Art. 867 OR von der generellen «Beitrags- und Leistungspflicht», Abs. 2 von der Pflicht «zur Einzahlung von Genossenschaftsanteilen oder zu andern Beitragsleistungen» spricht, dieweil Abs. 3 die Ausdrücke «bezahlt» und «Zahlungsaufforderung» gebraucht. Diese Ungenauigkeit führte zur Kontroverse, ob sich das Kaduzierungsverfahren nur auf Geldleistungen oder aber auf jede genossenschaftliche Leistung beziehen dürfe. Spricht schon Art. 867 Abs. 3 OR, der die eigentlichen Voraussetzungen der Verlustigerklärung festhält, ausdrücklich von «Zahlung», führt auch die Untersuchung des Werdeganges der fraglichen Bestimmung in ihrer Gesamtheit zum Schluss, dass der Gesetzgeber hinsichtlich Verlustigerklärung ausschliesslich finanzielle Verpflichtungen vor Augen hatte und sich von dieser Vorstellung nie lösen wollte. Dass eingangs des Art. 867 OR die Beitrags- und Leistungspflicht generelle Erwähnung findet, ist eher einem Zufall redaktioneller Art zuzuschreiben und darf nicht zu extensiver Anwendung dieser Bestimmung führen.

[25] Bericht II, S. 111.
[26] Art. 681 und 682 OR.
[27] Vgl. Gutzwiller Max, Verbandsperson, S. 485.
[28] Siehe oben, S. 37/38.

Entwurf I regelte unter dem Titel «Rechte und Pflichten der Genossenschafter»[29] lediglich solche, die sich in geldmässiger Leistung manifestieren[30]. Genossenschaftliche Beiträge und Leistungen schlechthin fanden überhaupt keine Erwähnung. Als Neuerung gegenüber dem bisherigen Recht brachte Art. 819 E I aber die Verlustigerklärung als mögliche Folge der Nichteinzahlung von Genossenschaftsanteilen. - Demgegenüber bemühte sich Entwurf II zu einer gewissen Systematik und Aufgliederung dieses Komplexes[31]. Die Beitrags- und Leistungspflicht fand generelle und grundsätzliche Erwähnung, indem Art. 863 E II deren Regelung den Statuten übertrug. Art. 864 E II hielt am Kaduzierungsverfahren fest und zwar angesichts der Pflicht «zur Einzahlung von Genossenschaftsanteilen oder zu andern Beitragsleistungen». Der Bericht II verteidigte dieses Verfahren ausdrücklich «mit Rücksicht auf weitverbreitete Lässigkeit in Erfüllung der finanziellen Pflichten und daherigen Unordnung in der Führung der Geschäfte»[32]. Auch in der Expertenkommission wurde ausschliesslich von «Einzahlungen» gesprochen[33]. – Der Entwurf III lehnte die Ordnung von Rechten und Pflichten eng an den Entwurf II an[34] und regelte die «Pflicht zu Beiträgen und Leistungen» in Art. 855 Abs. 1–3 E III in einem Wortlaut, der sich mit jenem des heute geltenden Art. 867 Abs. 1–3 OR wörtlich deckt. Hinsichtlich Verlustigerklärung äusserte sich die bundesrätliche Botschaft wie folgt: «Für den Fall der Säumnis in der Einzahlung der statutarischen Beiträge ist eine Art Kaduzierungsverfahren vorgesehen (Art. 855), da, wie die Erfahrung lehrt, man es hier mit eingewurzelten Übelständen zu tun hat[35].»

Diese Untersuchung führt zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber mit der Verlustigerklärung von allem Anfang an nur die Säumnis in finanziellen Belangen treffen wollte. Gerade im Hinblick auf diesen Ursprung hätte ein

[29] Art. 814–828 E I.
[30] 1. Übernahme von Anteilen
2. Der Gewinnanspruch
3. Reservefonds und andere Anlagen
4. Abfindungsanspruch
5. Einzahlung der Genossenschaftsanteile
6. Die Haftung der Genossenschaft und der Genossenschafter.
[31] Art. 851–873 E II.
1. Gleichheit der Rechte und Pflichten
2. Rechte
3. Pflichten
[32] Bericht II, S. 111.
[33] Protokoll, S. 603.
[34] III. Rechtsgleichheit
IV. Rechte
V. Pflichten
[35] Botschaft, S. 294.

Gesinnungswandel einen eindeutigen und klaren Niederschlag im Gesetz finden müssen. Soweit die historische Auslegung. Sie findet eine Stütze in der grammatikalischen. Wohl ist zu beachten, dass der Terminus «Zahlung» im Obligationenrecht oft für die Erfüllung beliebiger Verbindlichkeiten und nicht bloss für die Hingabe von Geld steht[36]. Das Genossenschaftsrecht hält aber gerade in einer grundlegenden Bestimmung Geld- und Sachleistungen auseinander und stellt in Art. 833 Ziff. 2 OR den letzteren die «Einzahlung» gegenüber. Auch diese Äusserung des Gesetzgebers berechtigt zur Annahme, dass er das Kaduzierungsverfahren nur der finanziellen Säumnis folgen lassen wollte. Und endlich führt auch teleologische Auslegung zum selben Schluss: die Tatsache nämlich, dass die Verlustigerklärung für den Betroffenen schwerwiegende Folgen haben kann, dass ihm im Verlaufe dieses Verfahrens lediglich ein rasch zu erbringender und eindeutiger Beweis helfen kann und dass er nach ausgesprochener Verlustigerklärung rechtlich schutzlos dasteht. Könnte nun jedwede genossenschaftliche Leistung – beziehungsweise deren Nichterfüllung – Grundlage des Kaduzierungsverfahrens bilden, wären Unbilligkeit und allfälliger Willkür Tür und Tor geöffnet. Gibt man sich nämlich Rechenschaft darüber, dass genossenschaftliche Leistung Veräusserungs-, Gebrauchs- und Enthaltungspflichten beinhalten kann[37], wird ersichtlich, in wie vielen Fällen die Beurteilung der Erfüllung recht schwierig werden könnte und eines sorgfältigen Beweisverfahrens bedürfte. Inwieweit sollte neben totaler Nichterfüllung auch «nicht gehörige Erfüllung» zur Verlustigerklärung führen dürfen[38]? Demgegenüber lassen sich erbrachte Geldzahlungen mit Quittung eindeutig und rasch beweisen. Schliesslich darf noch auf GUTZWILLER hingewiesen werden, der das Kaduzierungsverfahren nur «bei ausstehenden Geldzahlungen» zuzulassen scheint[39].

Hinsichtlich der Kaduzierung spielt eine verschiedene statutarische Behandlung Ausgetretener und Ausgeschlossener keine Rolle. Denn dadurch, dass der Genossenschafter anhand dieses speziellen Verfahrens seiner Genossenschaftsrechte verlustig geht, ist seine Rechtsstellung der Genossenschaft gegenüber mit aller Deutlichkeit geklärt, und er hat selbstredend auch einen allfälligen Abfindungsanspruch verloren. Systematisch betrachtet ist in der Kaduzierung aber dennoch ein besonderer Fall von Ausschliessung zu erblicken[40].

[36] Vgl. VON THUR/SIEGWART, S. 437.

[37] Vgl. GUTZWILLER MAX, Kommentar, N. 5 zu Art. 867 OR.

[38] Vgl. die Überschrift «Die Folgen der Nichterfüllung» zum zweiten Abschnitt des ersten Titels des OR und das Marginale «Ausbleiben der Erfüllung» zu Art. 97 OR, unter welche Bestimmung aber sowohl Nichterfüllung als auch Schlechterfüllung zu subsumieren sind.

[39] GUTZWILLER MAX, Kommentar, N. 8–13 zu Art. 867 OR und N. 7 zu Art. 867 OR.

[40] Vgl. Art. 867 Abs. 4 OR.

II. Mitgliedschaftsverlust «ipso iure» infolge Eintritts bestimmter Sachverhalte

Dem Mitgliedschaftsverlust als direkter Folge ausgeübter Gestaltungsrechte sind jene Fälle gegenüberzustellen, bei denen der Untergang des korporativen Rechtsverhältnisses zwischen Mitglied und Genossenschaft nicht primär anvisierte Folge eines entsprechenden Willensentschlusses ist, sondern blosses Nebenher, sekundäre Begleiterscheinung eines bestimmten rechtserheblichen Sachverhaltes. Das Gesetz selber nennt ausdrücklich nur den Tod, erkennt jedoch implizite noch weiteren Sachverhalten solche Ausscheidenswirkung zu. Es ist sicher richtig, angesichts dieser Ausscheidenstatbestände von Mitgliedschaftsverlust «ipso iure» zu sprechen, weil sich der Untergang der Mitgliedschaft auf Grund der vorgegebenen Rechtslage automatisch vollzieht, ohne dass es einer ausdrücklichen, auf den Untergang dieses Rechtsverhältnisses abzielenden Willenserklärung bedürfte. Das Rechtsgefüge ist so ausgestaltet, dass es den Mitgliedschaftsverlust für bestimmte Sachverhalte zum voraus festlegt, weshalb beim Eintritt ebendieser Sachverhalte der Untergang der Mitgliedschaft aus diesem Rechtsgefüge heraus «geboren» wird, «ipso iure» eintritt. Abzuklären wird sein, ob und wie das statutarische Recht solche Ausscheidenstatbestände formulieren darf und muss.

1. Mitgliedschaftsverlust infolge Eintritts gesetzlich normierter Sachverhalte

a) Der Tod natürlicher Personen

Gemäss Art. 847 Abs. 1 OR erlischt die Mitgliedschaft mit dem Tode des Genossenschafters. Nach Gesetz wird demnach genossenschaftliche Mitgliedschaft nicht vererbt, eine Ordnung, die von der grundsätzlich personalen Auffassung genossenschaftlicher Organisation Zeugnis ablegt.

Sind hinsichtlich der Existenz einer bestimmten natürlichen Person die Zivilstandsurkunden rechtlich massgebend[41], ist dies bezüglich der Tatsache ihres physischen Ablebens das Todesregister. Die darin eingetragene Person gilt vorbehältlich gegenteiligen Beweises für die Rechtsordnung als tot. Demzufolge gilt sie auch als aus der Genossenschaft ausgeschieden, sei es nun, dass ihr Tod unmittelbar[42] festgestellt werden konnte und eine reibungslose Eintragung gestattete, sei es, dass er als sicher erschien und zur Todeserklärung im Sinne von Art. 34 und 49 ZGB führte, oder sei es, dass er höchstwahrscheinlich war und Verschollenerklärung im Sinne von Art. 35 ff ZGB nach sich zog. Wie sich noch herausstellen wird, ist der Tod des Genossenschafters als einer natürlichen

[41] Vgl. Art. 33 Abs. 1 ZGB.
[42] Nämlich an der Leiche.

Person der einzige Ausscheidenstatbestand, der total indifferent ist und weder als Austritt noch als Ausschliessung gewertet werden kann und darf. Hier allein ist das Ausscheiden nicht auf ein Verhalten zurückzuführen, das vom Mitglied oder der Genossenschaft letztlich als Folge eigenen Willens zu vertreten ist.

b) Die Tatbestände von Art. 848 OR

Gemäss Art. 848 OR geht genossenschaftliche Mitgliedschaft auf Grund des Wegfalles einer Beamtung, einer Anstellung oder eines Vertrages unter, wenn diese conditio sine qua non ihres Bestehens sind. Dieser Untergangsgrund spielt demnach kraft Gesetzes immer dort, wo aus den Statuten solche Verknüpfung der Mitgliedschaft mit einem andern, primären Rechtsverhältnis ersichtlich ist[43]. Will in diesen Fällen der gesetzlich vorgesehene Untergang der Mitgliedschaft vermieden werden, ist das in den Statuten ausdrücklich festzuhalten.

Das Ausscheiden auf Grund solcher Tatbestände ist nun je nach den Umständen als Austritt oder aber als Ausschliessung zu qualifizieren. *Austritt* ist immer dann anzunehmen, wenn die Initiative zur Auflösung des bedingenden Grundverhältnisses beim Mitglied lag und der daherige rechtsverbindliche Akt von ihm ausging. Demgegenüber hat das Ausscheiden als *Ausschliessung* zu gelten, wenn der Rechtsgegner des Mitgliedes seinerseits das Grundverhältnis aufgelöst hat.

2. Die Auflösung juristischer Personen und Handelsgesellschaften

Vom Gesetzgeber ungeregelt blieb das Existenzende juristischer Personen und Handelsgesellschaften, die Mitglieder einer Genossenschaft sind. Vernünftigerweise muss hier die für natürliche Personen getroffene Regelung analog gelten: entfällt die rechtliche Existenz des Trägers der Mitgliedschaft, muss auch seine korporative Rechtsbeziehung zur Verbandsperson untergehen. Bleibt nun abzuklären, durch welchen Akt dessen rechtliche Existenz entfällt.

Was die juristische Person betrifft, stellt das Gesetz keine allgemeinen Bestimmungen auf[44], ebenso nicht für die Personengesellschaften. Personenvielheiten, komme ihnen Rechtspersönlichkeit zu oder nicht, werden in aller Regel «aufgelöst»[45, 46], dies als Folge des Eintritts eines Auflösungsgrundes.

[43] Dass hingegen das Entstehen der Mitgliedschaft im bedingenden Grundverhältnis angedeutet sein muss, dürfte kaum bestritten werden.

[44] Egger August, Kommentar, N. 1 zu Art. 57 ZGB.

[45] Gutzwiller Max, Verbandsperson, S. 505.

[46]

Verein	Art. 76 ff ZGB
Aktiengesellschaft	Art. 736 ff OR
Gesellschaft mit beschränkter Haftung	Art. 820 ff OR
Genossenschaft	Art. 911 ff OR
Kollektivgesellschaft	Art. 574 OR
Kommanditgesellschaft	Art. 619 OR

Ein solcher enthebt das fragliche Rechtssubjekt seines bisherigen Zweckes und gibt ihm einen neuen auf: die Liquidation[47]. Durch sie soll die Personenvielheit geordnet aus der Rechtsgemeinschaft herausgelöst, sollen Mitglieder oder Gesellschafter ihrerseits auseinandergesetzt werden. Der Auflösungsgrund leitet demnach ein dem Gründungsstadium entsprechendes Rückbildungsverfahren ein, dessen Zweck in aller Regel der Rückzug des fraglichen Rechtssubjektes aus der Rechtsgemeinschaft ist. Gerade wegen seiner destruktiven und dissolutiven – eben auflösenden – Wirkung soll der eingetretene Auflösungsgrund ausschlaggebender Sachverhalt für das automatische Ausscheiden der betroffenen Personenvielheit aus der Genossenschaft sein[48]. Es wird bei dieser Aussage nicht übersehen, dass gewisse Verbandspersonen und Gesellschaften, welche ihre Existenz überhaupt nur durch Eintragung im Handelsregister hatten erlangen können[49], diese erst durch entsprechende Löschung verlieren. Diese Löschung aber als massgebenden Sachverhalt für ihr Ausscheiden aus der Genossenschaft anzunehmen, wäre unzweckmässig, ist doch gerade das der Löschung vorausgehende Liquidationsstadium dazu da, die einstmals begründeten Rechtsbeziehungen zu Dritten aufzuheben. Gerade auch die Tatsache, dass gewisse Personenverbindungen den Handelsregistereintrag durchaus entbehren können[50], legt nahe, vom Heranziehen der Löschung als fragliches Kriterium abzusehen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Zivilrecht selber an andern Orten dem Tod natürlicher Personen die Auflösung juristischer ausdrücklich gleichstellt: so in Art. 749 ZGB, gemäss welcher Bestimmung die Auflösung juristischer Personen den Untergang einer Nutzniessung genauso zur Folge hat wie der Tod natürlicher Personen. – Der dargelegten Konstruktion eines automatischen Mitgliedschaftsverlustes steht die Regelung von Art. 845 OR nicht entgegen, wonach in bestimmten Stadien des Vollstrekkungsverfahrens die Befugnis, das Austrittsrecht geltend zu machen, auf Konkursverwaltung oder Betreibungsamt übergeht und demzufolge ausdrücklich zu erklären ist. Denn es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber bei dieser Bestimmung nur an die natürlichen Personen gedacht hat. Auch GUTZWILLER[51] erwähnt in diesem Zusammenhang die juristischen Personen und Handelsgesellschaften mit keinem Wort.

47 VON STEIGER WERNER, Kommentar, N. 1 zu Art. 820 OR.
48 Ebenso FORSTMOSER PETER, Kommentar, N. 10 zu Art. 847 OR.
49 Aktiengesellschaft Art. 643 OR
Gesellschaft mit beschränkter Haftung Art. 783 OR
Genossenschaft Art. 838 OR
nicht kaufmännische Kollektivgesellschaft Art. 553 OR
nicht kaufmännische Kommanditgesellschaft Art. 595 OR
50 Verein, kaufmännische Kollektiv- und kaufmännische Kommanditgesellschaft.
51 GUTZWILLER MAX, Kommentar, N. 1–7 zu Art. 845 OR.

Warum denn überhaupt die Annahme eines automatisch wirkenden Ausscheidenstatbestandes in diesen Fällen? Weil das Gesetz lediglich für eine Kategorie von Mitgliedern, für die natürlichen Personen, eine entsprechende Regelung ausdrücklich getroffen hat. Zweckmässigkeit und die Sorge um klare Rechtsverhältnisse gebieten aber, für juristische Personen und Handelsgesellschaften einen analogen Tatbestand anzunehmen. Genossenschaftsverbände dürften diesen Sachverhalt zwar in den meisten Fällen statutarisch erfasst haben[52]. Die Tatsache aber, dass dies nicht lückenlos der Fall ist[53], rechtfertigt eine theoretische Lösung des Problems mit Anspruch auf Allgemeingültigkeit um so mehr.

Im Gegensatz zum Tod der natürlichen Person, der absolut indifferent ist und weder als Austritt noch als Ausschliessung gewertet werden kann, ist die Auflösung juristischer Personen und Handelsgesellschaften *als Austritt zu betrachten*. Denn ihr Ausscheiden aus der Genossenschaft ist Folge des Erwachsens eines Auflösungsgrundes, eines Sachverhaltes, den das betreffende Rechtssubjekt unter allen Umständen selber zu verantworten hat. Selbst wenn der Eintritt dieses Auflösungsgrundes von dritter Seite her aufgenötigt und wider Willen durchgesetzt wurde, ist und bleibt er letztlich Konsequenz von Umständen, deren Existenz dem seinerzeitigen Willen des aufgelösten Rechtssubjektes zuzurechnen ist. Einzige Ausnahme bildet jener Fall, wo die Statuten ausdrücklich bestimmen, mit dem Eintritt eines Auflösungsgrundes scheide das betroffene Mitglied automatisch aus der Genossenschaft aus. Hier ist eine Ausschliessung anzunehmen, wie unmittelbar anschliessend aufgezeigt werden wird.

3. Mitgliedschaftsverlust infolge Eintritts statutarisch festgelegter Sachverhalte

Schliesslich stellt sich noch die Frage, ob auch die Statuten automatisch wirkende Ausscheidenstatbestände aufstellen dürfen, dergestalt, dass ein Genossenschafter infolge Eintritts eines statutarisch festgelegten Sachverhaltes als ausgeschieden gilt. Das Gesetz selber enthält eine solche Erlaubnis nicht

[52] Verband landwirtschaftlicher Genossenschaften der Zentralschweiz, Luzern, Statuten vom 20.1.1951, § 5 lit. c;
Landwirtschaftlicher Genossenschaftsverband Schaffhausen, Schaffhausen, Statuten vom 29.10.1963, Art. 5 Abs. 2;
Verband landwirtschaftlicher Genossenschaften von Bern und benachbarter Kantone, Bern, Statuten vom 27.4.1965, Art. 5 Abs. 1;
Fédération vaudoise des sociétés d'agriculture et de viticulture F. V. A. V., Lausanne, Statuten vom 13.5.1965, Art. 6 Abs. 1;
Nordwestverband landwirtschaftlicher Genossenschaften, Solothurn, Statuten vom 13.5.1966, § 5 Abs. 1;
Verband ostschweizerischer landwirtschaftlicher Genossenschaften (VOLG), Winterthur, Statuten vom 23.3.1971, § 10.

[53] U.S.A.R., Union des syndicats agricoles romands, Lausanne, Statuten vom 1.1.1942;
Verband landwirtschaftlicher Genossenschaften des Kantons Freiburg, Freiburg, Statuten vom 6.4.1970.

generell und ausdrücklich. Einzig hinsichtlich der Tatbestände von Art. 849 Abs. 3 und Art. 850 OR anerkennt es ein automatisches Ausscheiden von Mitgliedern auf Grund statutarischer Ordnung. Nun ist allerdings nicht zu übersehen, dass es dort um die Übertragung der Mitgliedschaft geht und nicht um deren Untergang[54]. Hier interessiert aber jene Frage, ob die Statuten Sachverhalte festlegen dürfen, die einen automatischen Untergang von Mitgliedschaftsstellen bewirken sollen. Wissenschaft[55] und Rechtsprechung[56] haben die Zulässigkeit solcher statutarischer Ausscheidenstatbestände anerkannt. Fordert das Bundesgericht[56] als massgebende Sachverhalte äusserlich in Erscheinung tretende Ereignisse, die ohne weiteres festgestellt werden können, verlangen auch einzelne Autoren Umstände, die klar zutage treten, so dass der Zeitpunkt des Ausscheidens genügend feststellbar sei; anders entstünden Beweisschwierigkeiten[57].

Dieser Fragenkomplex ruft einer *grundsätzlichen Besinnung*, um so mehr, als in derartigem Mitgliedschaftsverlust mitunter eine besondere Art von Mitgliedschaftsende neben Austritt, Ausschliessung und Tod gesucht zu werden scheint[58]. – Legen die Statuten bestimmte Sachverhalte fest, die das automatische Ausscheiden eines Genossenschafters zur Folge haben sollen, kommt diesem Vorgehen die Bedeutung einer *bedingten Ausschliessung* zu. Dies deshalb, weil die Genossenschaft in ihrem Statut mit einseitiger Autorität - aber in freier Willensbildung und Rechtsgestaltung – dem Mitglied gegenüber jene Sachverhalte festlegt, welche sein Mitgliedschaftsende nach sich ziehen sollen, und jeden Genossenschafter generell und zum voraus als ausgeschieden erklärt, falls sich diese bestimmten Voraussetzungen in seiner Rechtssphäre einstellen sollten. Die Tatsache, dass der Bedingungseintritt auf der Initiative des Genossenschafters beruhen mag, macht diesen Mitgliedschaftsuntergang trotzdem nicht zu einem Austritt, weil die Rechtsfolge des fraglichen Sachverhaltes – der Verlust der Mitgliedschaft – von der Genossenschaft zum voraus verbindlich ausgesprochen worden ist. Darin ist aber eine bedingte Ausschliessung zu erblicken[59].

Ist die Genossenschaft frei, beliebige Ausschliessungsgründe statutarisch festzulegen, muss ihr diese Freiheit auch hinsichtlich bedingter Ausschliessung

[54] Beachte das Marginale zu Art. 849ff OR.

[55] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 29 zu Art. 848 OR; von Steiger F., Grundriss, S. 72; Winkler René, S. 207.

[56] BGE *48* II 363.

[57] Ehret Peter, S. 97; Frey Jakob Gustav, Mitgliedschaft, S. 76/77.

[58] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 29 zu Art. 848 OR; Hager Arthur, S. 33/34.

[59] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 33 zu Art. 848 OR, lehnt es als unrichtig ab, in automatisch wirkenden statutarischen Ausscheidenstatbeständen eine Ausschliessung zu erblicken.

Demgegenüber bezeichnete das Bundesgericht in BGE *48* II 363 solche statutarischen Anordnungen als «Ausschlussbestimmungen», und auch von Steiger F., Mitgliedschaft, S. 122, erblickt darin «nur eine besondere Form des Ausschlusses».

zustehen. Ausschliesslich Frage der Praktikabilität ist es, wieweit sie sich dabei auf Sachverhalte verlegen will, die schlüssigem Beweis nur schwer zugänglich sind. Praktisch wickelt sich diese Art von Ausschliessung nämlich so ab, dass – je nach Interessenlage – die Genossenschaft oder aber das Mitglied für sich entscheidet, ob und wann solch statutarisch festgelegte Voraussetzungen erfüllt wurden. Je nachdem werden möglicherweise von einer der beiden Seiten Forderungen gegen die andere gerichtet[60], welcher Vorstoss immer dann zur Ausmarchung führen wird, wenn die belangte Partei den Eintritt der fraglichen Bedingung verneint. Dem so ausgeschlossenen Genossenschafter muss unbenommen bleiben, gestützt auf Art. 846 Abs. 3 OR Generalversammlung und Richter anrufen zu können. Die daherige dreimonatige Frist muss von jenem Zeitpunkt an zu laufen beginnen, da die Genossenschaft ihre Auffassung bezüglich Untergang der Mitgliedschaft verbindlich und zuständigenorts äussert.

Eine Klage der Genossenschaft zwecks Zusprechung eines allfälligen Anspruches aus solcher Beendigung der Mitgliedschaft hat auf der beweisbedürftigen Behauptung aufzubauen, der Beklagte sei in einem bestimmten Zeitpunkt infolge Eintritts der konkreten Bedingung aus der Genossenschaft ausgeschieden und gelte seither rechtens als ausgeschlossen. Und sollte sich die Genossenschaft entgegen der Auffassung des Betroffenen auf das Bestehen der Mitgliedschaft berufen, hat dieser im Prozess um allfällige Forderungen aus bestehender Mitgliedschaft die genannte Behauptung als Einrede anzubringen. In jenen Fällen, da das Urteil den Eintritt der umstrittenen Bedingung bejaht, hat der Rechtsspruch ex tunc zu wirken. Das bedeutet, dass der also Ausgeschlossene für seither entstandene Mitgliederpflichten nicht mehr belangt werden kann.

Diese Konstruktion, automatisch wirkende statutarische Ausscheidenstatbestände als bedingte Ausschliessung aufzufassen, wird allen Teilen und Situationen gerecht und führt zu klaren Rechtsverhältnissen. Sie zwingt die Genossenschaft, in ihrem eigenen Interesse als Bedingungen nur nachweisbare Sachverhalte festzulegen, und gewährt nach allen Seiten den notwendigen Rechtsschutz. Hervorzuheben aber bleibt noch, dass die Statuten solche automatisch wirkenden Erlöschenstatbestände ausdrücklich nennen müssen[61] und insbesondere deren Wirkungen aufzuzeigen haben. Denn auch für die gewöhnliche Ausschliessung muss sich die Genossenschaft auf das Vorliegen statutarischer Gründe berufen, andernfalls sie wichtige Gründe nachzuweisen hat. Demnach ist insbesondere nicht angängig, mit dem nachträglichen Wegfall seinerzeitiger Eintrittsbedingungen die Mitgliedschaft als automatisch untergegangen zu

[60] Z. B. ein Abfindungsanspruch oder eine Auslösungssumme.
[61] Ebenso Balsiger Willy, S. 64.

betrachten, wenn die Statuten solchem Sachverhalt diese Wirkung nicht ausdrücklich beimessen.

§ 5 Die Folgen des Mitgliedschaftsverlustes für die Genossenschaft

Unter diesem Gesichtspunkt sollen jene Wirkungen erörtert werden, welche das Ausscheiden einzelner Mitglieder für die Genossenschaft auslösen kann. Je nach Art der Genossenschaft, je nach der konkreten Ausgestaltung ihrer Wirtschaft, je nachdem, wie die Mittel beschafft und eingesetzt werden, ob ein Reinertrag erzielt und wie er verwendet wird, können die Ausscheidensfolgen verschiedene sein und sich in verschiedenen Bereichen niederschlagen. Gegenstand dieses Paragraphen ist es, die Vielfalt der Auswirkungen zu inventarisieren. Dabei soll nicht schon entschieden werden, inwieweit diese Folgen als Schaden im Sinne des Gesetzes zu betrachten wären, der einen Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme zu begründen vermöchte.

I. Die Auswirkungen auf den Vermögensbestand der Genossenschaft

1. Erwachsen von Abfindungsansprüchen

Überall dort, wo Genossenschaftsstatuten gestützt auf Art. 864 Abs. 1 OR einem ausscheidenden Genossenschafter oder dessen Erben eine Abfindung zusichern, kann der Bestand des Genossenschaftsvermögens insofern unmittelbar betroffen werden, als infolge dieses Ausscheidens bilanzmässiges Reinvermögen unter Ausschluss der Zwangsreserven[1] teilweise zur Ausrichtung gelangen muss. Der Massstab für solche Abgänge muss in den Statuten enthalten sein und kann sich beispielsweise am Besitz von Anteilscheinen orientieren. Doch genauso, wie Genossenschaften ohne Genossenschaftskapital ihre Mitglieder in beliebiger Höhe abfinden dürfen[2], kann es jenen mit einem solchen nicht verwehrt sein, Ausscheidenden einen den Nennwert liberierter Anteile übersteigenden Abfindungsanspruch einzuräumen[3]. Ob die Genossenschaft nun die Erfüllung dieser Verbindlichkeit gestützt auf die Statuten oder das Gesetz um höchstens drei Jahre hinauszuschieben vermag[4], bei grundsätzlicher Abfindungspflicht wird ein bilanzmässiges Reinvermögen infolge Ausscheidens von Mitgliedern unmittelbar betroffen und spätestens nach drei Jahren eine Ver-

[1] Nach den überzeugenden Ausführungen von GERWIG MAX, Genossenschaftsrecht, S. 250, können unter den in Art. 864 Abs. 1 OR erwähnten «Reserven» vernünftigerweise nur die durch Art. 860 OR geordneten Zwangsreserven verstanden werden.

[2] Selbstverständlich in Nachachtung der Schranken von Art. 864 Abs. 1 OR.

[3] KUMMER MAX, Gleichbehandlung, S. 96.

[4] Art. 864 Abs. 2 und 3 OR.

minderung erfahren. In der Abfindungspflicht sah die Wissenschaft denn auch immer wieder einen entscheidenden Schadensfaktor für die Genossenschaft[5], mitunter insbesondere eine Schwächung ihrer Kreditbasis[6].

Sind Abfindungsforderungen zu tilgen, bedeutet das für die Genossenschaft, von irgendwelchen Aktivwerten so viel abzuspalten, als zur Begleichung dieser Ansprüche notwendig ist. Gelangen durch diese Operation zugleich Anteilscheine zur Tilgung, so erfährt das Genossenschaftskapital als Sperrposten auf der Passivseite der Bilanz eine Reduktion um die volle Summe der getilgten Nennwerte; dies übrigens auch dann, wenn Anteile zugunsten der Genossenschaft verfallen[7].

2. Allfälliger Verlust noch nicht liberierter Beträge auf Anteile

Es wurde bereits dargelegt, dass die Pflicht zur Einzahlung der Anteilsnennwerte vollumfänglich oder teilweise gestundet werden kann[8]. Im Zusammenhang mit dem Ausscheiden einzelner Genossenschafter stellt sich nun die Frage nach dem Schicksal dieser aufgeschobenen Forderungen. Der Einfachheit halber wird der folgenden Abhandlung der Sachverhalt der Teilliberierung zugrunde gelegt, bleiben die grundsätzlichen Probleme doch dieselben, wenn Anteile zwar ausgegeben, aber ihr voller Nennwert gestundet worden ist.

Eine Mehrheit von Autoren vertritt die Auffassung, spätestens anlässlich seines Ausscheidens habe der einzelne Genossenschafter die von ihm übernommenen Anteile vollständig zu liberieren[9], während TANNER[10] diese Pflicht unter Berufung auf ein bundesgerichtliches Präjudiz[11] in Abrede stellt. Auszugehen ist von der *Regel*, dass jeder Anteil anlässlich seiner Übernahme durch den einzelnen Genossenschafter mit seinem vollen Nennwert zur Liberierung fällig wird; für Pflichtanteile muss diese Wirkung bereits mit dem Entstehen der Übernahmepflicht eintreten. Dieser Schluss ist aus der allgemeinen Regel von Art. 75 OR zu ziehen, wonach die Erfüllung einer Verbindlichkeit sofort gefordert werden kann, wenn weder Abrede noch Natur des Rechtsverhältnisses einen bestimmten Zeitpunkt festlegen. Als Geschäftsführungsorgan – für den inneren Haushalt verantwortlich – ist die Verwaltung dann ohne weiteres befugt, die Liberierung durchzusetzen. Unterlässt sie es, ändert das an der Fälligkeit dieser Forderung nichts, leistet höchstens der Gefahr von Verjährung

[5] KÖNIG RICHARD, Gutachten, S. 33; GUTKNECHT HERMANN, S. 62; HAFTER RUDOLF PETER, S. 70; FRIEDRICH HANS-PETER, S. 140 und 158.

[6] JAUSSI HANS, S. 12/13 und 37; BIERI FRIEDRICH, S. 21.

[7] GERWIG MAX, Genossenschaftsrecht, S. 215.

[8] Siehe oben, S. 26.

[9] GYSIN ARNOLD, Ergebnisse, S. 379; GUTKNECHT HERMANN, S. 59; FRIEDRICH HANS-PETER, S. 83 84; HENSEL WALTER, S. 69 70; BORNER BRUNO, S. 41. 42; SCHAEDLER MARIO, S. 94 95.

[10] TANNER WALTER, S. 42.

[11] BGE *45* II 651 ff.

Vorschub. Ist im Zeitpunkt des Ausscheidens eines Genossenschafters die Liberierungspflicht aber noch fällig, hat dieser die ausstehenden Beträge auf seinen Anteilen noch einzubezahlen. Denn die Liquidation einer Mitgliedschaft schliesst in sich, dass die durch sie begründeten und noch bestehenden Verbindlichkeiten abgewickelt werden. Anders nun, wenn die *Statuten Liberierungsmodalitäten* aufstellen, die im Sinne einer Abrede die allgemeine Regel von Art. 75 OR durchbrechen und damit die sofortige Fälligkeit der gesamten Forderung aufheben. Denkbar ist beispielsweise, dass zum voraus pro Jahr je ein bestimmter Prozentsatz des Nennwertes als verfallen erklärt wird; als zulässig muss auch die Einräumung einer Kompetenz an Generalversammlung oder Verwaltung gelten, die Fälligkeit je nach Bedarf schrittweise zu beschliessen[12]. In solchen Verhältnissen kann es durchaus vorkommen, dass im Zeitpunkt des Ausscheidens einzelner Genossenschafter für gewisse Restbeträge die Fälligkeit gar nie eingetreten ist, so dass deren Einforderung im Rahmen der Liquidation der fraglichen Mitgliedschaft ausgeschlossen ist. Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, dass hier eine punktuelle Fälligkeitserklärung dem ausscheidenden Genossenschafter gegenüber dem Gleichbehandlungsgebot nicht gerecht würde[13].

Aus diesen Überlegungen ist zu folgern, dass den ausscheidenden Genossenschafter eine Pflicht zu allfälliger Restliberierung seiner Anteile nicht unter allen Umständen treffen muss, dass vielmehr in jedem einzelnen Fall abzuklären ist, ob und wieweit eine solche Verbindlichkeit während der Dauer seiner Mitgliedschaft fällig geworden ist und noch regelmässig besteht[14]. Gleichzeitig ist damit ausgesagt, dass die Genossenschaft in bestimmten Fällen durch das Ausscheiden von Mitgliedern noch nicht liberierter Beträge auf Anteile verlustig gehen kann.

3. Verlust von Nachschusspotential

Genossenschaften mit nachschusspflichtigen Mitgliedern erleiden durch das Ausscheiden von solchen eine Einbusse an potentiellem, im Notfall mobilisier-

[12] Dieser Weg war im Sachverhalt, welcher dem BGE *45* II 651ff zugrunde gelegen hatte, eingeschlagen worden. Gemäss BGE *45* II 652 lautete die massgebende Statutenbestimmung:

«Die Einzahlungen haben nach und nach je nach Bedürfnis, auf jeweiligen Genossenschaftsbeschluss ... zu erfolgen.»

[13] BGE *45* II 655/656 Erw. 2.

[14] Eine generelle Restliberierungspflicht verneint auch Hager Arthur, S. 56, Anm. 33, allerdings mit einer andern Begründung, die m. E. aber deshalb nicht stichhaltig ist, weil das massgebende Kriterium kaum auszumachen wäre:

«Massgebend wird die statutarische Behandlung der Einzahlung des Anteils sein müssen. Wo diese Teilzahlung bloss als Erleichterung des Einzahlungsmodus gedacht ist, wird diese beim Austritt dahinfallen und der nicht einbezahlte Rest des Anteiles sofort fällig werden; wo aber der ‚Anteil' bloss das Höchstmass der finanziellen Beteiligung des Genossenschafters bezeichnet, die noch fehlenden Raten also erst in Zukunft und unter stillschweigender Voraussetzung der Mitgliedschaft fällig werden sollen, fällt mit dem Ausscheiden des Genossenschafters jede weitere Einzahlungspflicht dahin.»

barem Genossenschaftsvermögen. Wo die Nachschusspflicht *beschränkt* ist, besteht dieser Verlust in jenem Ausmass, als Nachschüsse vom Ausscheidenden noch nicht haben eingefordert werden müssen. Bei unbeschränkter Nachschusspflicht lässt sich lediglich ein ungefähres Maximum dieser Einbusse insofern errechnen, als abzuschätzen ist, ein wie grosses Vermögen etwa beim Ausscheidenden in Zukunft notfalls hätte gepfändet werden können.

Ist die Nachschusspflicht allgemein eine *unbeschränkte*, ist der durch das Ausscheiden eines einzelnen Mitgliedes für die Genossenschaft erwachsende Nachteil vorerst insofern unerheblich, als zur Deckung eines allfälligen Nachschussbedarfes fortan noch immer die verbliebenen Genossenschafter herangezogen werden können. Die Einbusse gewinnt jedoch dann an Bedeutung, wenn die vermögensmässige Leistungsfähigkeit der Verbliebenen gering ist und faktisch in engen Grenzen verläuft, so dass die potentiell ausschöpfbare Nachschussreserve durch das Ausscheiden eines einzelnen Genossenschafters als tatsächlich geschrumpft zu betrachten ist. Ferner können die Interessen der Genossenschaft indirekt dadurch tangiert werden, dass die verbliebenen Genossenschafter fortan mit einer massiveren Ausschöpfung ihrer Nachschusspflicht zu rechnen haben und angesichts dieser vermehrten möglichen Belastung entweder zukünftiger verstärkter Inpflichtnahme durch die Genossenschaft abhold sein werden oder aber selber zum Verlassen des Gemeinschaftswerkes neigen. – Bei beschränkter Nachschusspflicht sind die Auswirkungen grundsätzlich dieselben, solange ein allfälliger Nachschussbedarf mit der Summe der weiterhin verhafteten Pflichtbeträge noch gedeckt werden kann. Die Genossenschaft hat sich aber Rechenschaft zu geben, dass ihr ein bestimmter, fest begrenzter, potentieller Sanierungszuschuss entgangen sein wird in jenem Falle, da ein allfälliger Nachschussbedarf die Summe dieser weiterhin verhafteten Pflichtbeträge übersteigen wird.

4. Vermindertes Wachstum des Genossenschaftsvermögens

Man hat gesehen, dass wirtschaftende Genossenschaften in den meisten Fällen einen Reinertrag erzielen dürften[15]. Steht ein solcher in unmittelbarer Abhängigkeit zum genossenschaftlichen Mitwirken der einzelnen Mitglieder, wird er sich zwangsläufig verringern, wenn einzelne Genossenschafter ausscheiden. Ein Rückgang des Reinertrages seinerseits kann mehr oder weniger direkte Auswirkungen auf das Genossenschaftsvermögen zeitigen.

Direkt sind diese Auswirkungen in Genossenschaften, deren Statuten keine Verteilung des Reinertrages kennen, weil ein solcher dann gemäss Art. 859 Abs. 1 OR in seinem ganzen Umfange in das Genossenschaftsvermögen fällt. In

[15] Siehe oben, S. 21.

allen diesen Fällen bedeutet jede Verringerung des Reinertrages infolge Ausscheidens einzelner Mitglieder zugleich ein direkt vermindertes Wachstum des genossenschaftlichen Vermögens. - In Genossenschaften, bei denen auf Grund statutarischer Ordnung ein Reinertrag ganz oder teilweise zur Verteilung gelangt, kann ein Rückgang desselben das Wachstum des genossenschaftlichen Vermögens in verschiedener Weise hemmen: direkt, wenn angesichts des geringeren Reinertrages von diesem weniger an jenes fällt; indirekt, wenn eine geringere Quote zur Verteilung gelangt. Wird im ersteren Falle das Genossenschaftsvermögen schlechthin tangiert, trifft der letztere in spezifischer Weise die gesetzlichen Reserven. Soweit nämlich ein Reinertrag in anderer Weise als zur Äufnung des Genossenschaftsvermögens verwendet wird, ist gemäss Art. 860 Abs. 1 OR davon jährlich ein Zwanzigstel einem Reservefonds zuzuweisen. Diese Pflicht besteht mindestens zwanzig Jahre lang, in Genossenschaften mit Anteilscheinen so lange, bis der Reservefonds einen Fünftel des Genossenschaftskapitals ausmacht. Genossenschaften, die infolge Rückganges des Reinertrages davon weniger zur Verteilung bringen können, erleiden demnach durch das Ausscheiden einzelner Mitglieder insofern eine Einbusse, als der Reservefonds fortan in geringerem Ausmasse gespeist wird. Dieser Nachteil entfällt erst dann, wenn keine Pflicht zur Speisung dieses Fonds mehr besteht.

II. Die Auswirkungen auf die Kreditbasis der Genossenschaft

1. Beeinträchtigung des Genossenschaftsvermögens

Es ist ohne weiteres verständlich, dass eine gute Vermögenslage die Kreditwürdigkeit einer Genossenschaft in bestimmten Fällen ausreichend zu begründen vermag. Wo dies zutrifft, haben die Aussagen über die Auswirkungen des Ausscheidens auf das Vermögen ihre Gültigkeit selbstverständlich auch bezüglich Kreditbasis und finden hier keine weitere Erwähnung mehr. Zu besprechen bleiben hingegen die Ausscheidenswirkungen auf die spezifischen Kreditinstrumente der persönlichen Haftung der Genossenschafter und ihrer Nachschusspflicht.

2. Wegfall der persönlichen Haftung

Das Ausscheiden eines Mitgliedes aus der Genossenschaft berührt auch dessen persönliche Haftung. In diesem Zusammenhang interessieren zwei Fragen: einmal die grundsätzliche, ob ein Ausgeschiedener über den Zeitpunkt des Mitgliedschaftsendes hinaus überhaupt noch belangbar ist; ferner, für welche Verbindlichkeiten der Genossenschaft – zeitlich gesehen – er noch einzustehen hat.

Gemäss Art. 876 Abs. 1 OR dauert die Haftung eines ausgeschiedenen Genossenschafters für die vor seinem Ausscheiden entstandenen Verbindlichkeiten fort, sofern die Genossenschaft innerhalb eines Jahres oder einer statutarisch festgesetzten längeren Frist seit der Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister in Konkurs gerät. Damit ist zunächst einmal grundlegend bejaht, dass die persönliche Haftung eines Genossenschafters dessen Mitgliedschaft überdauert. Gleichzeitig führt das Gesetz ein neues Zeitkriterium ein, welches neben das «Mitgliedschaftsende» hinzutritt und dieses als rechtserheblichen Zeitpunkt für den Untergang der mitgliedschaftlichen Beziehungen zwischen Körperschaft und Genossenschafter hinsichtlich Fragen der Haftung in den Hintergrund drängt. Dieses neue Zeitkriterium ist die «Eintragung des Ausscheidens in das Handelsregister». Gemäss Art. 94 Abs. 1 HRegV hat der Handelsregisterführer für jede Genossenschaft mit persönlicher Haftung der Mitglieder eine Mitgliederliste anzulegen und nachzuführen. Wiewohl diese Liste und ihre Abänderungen laut Art. 95 Abs. 4 HRegV nicht veröffentlicht werden, eignet ihr doch Publizitätswirkung im Interesse allfälliger Gläubiger. Denn sie ist dazu angelegt, dass sich Interessierte beim Handelsregisteramt über die haftenden Rechtssubjekte und damit über die Kreditbasis der fraglichen Genossenschaft informieren können[16]. Jenem Datum nun, unter welchem ein Ausgeschiedener aus dieser Liste gestrichen wird, kommt bezüglich Haftung in zweifacher Hinsicht Bedeutung zu: Einmal beginnt mit diesem Tag die gesetzliche Jahresfrist – oder eine statutarisch festgesetzte, längere – zu laufen, während welcher über die Genossenschaft der Konkurs eröffnet worden sein muss, damit der betreffende Ausgeschiedene auf Grund von Verbindlichkeiten der Genossenschaft ebenfalls noch herangezogen werden kann[17]; ferner ist dieser Tag Endstichtag für jene Zeit, in welcher die Genossenschaft Verbindlichkeiten begründen konnte, für die auch der Ausgeschiedene noch persönlich haftet[18].

Mithin steht fest: eine allfällige persönliche Haftung des Genossenschafters für Verbindlichkeiten, welche die Genossenschaft vor seinem Ausscheiden begründet hat, überdauert ebendiesen Zeitpunkt nach Gesetz um mindestens ein Jahr. Ob das persönliche Vermögen des Ausgeschiedenen dem genossenschaftlichen Kreditbedürfnis auch für jüngere Verbindlichkeiten dienstbar gemacht werden kann, ist Gegenstand späterer Abklärung. Hier sei festgehalten, dass nach Gesetz eine solche Verfangenheit nicht besteht.

[16] AB-YBERG ALOIS, S. 86; BGE *89* I 288.

[17] Nach GERWIG MAX, Genossenschaftsrecht, S. 302, wirkt die Streichung für die Haftungsbefreiung ausgeschiedener Mitglieder konstitutiv, und zwar auch gegenüber Gläubigern, die sonstwie (nämlich bereits früher) vom Ausscheiden Kenntnis erlangt hatten.

[18] AB-YBERG ALOIS, S. 94/95; GERWIG MAX, Genossenschaftsrecht, S. 316/317.

3. Wegfall der Nachschusspflicht

Wie bereits erwähnt, eignet auch der Nachschusspflicht Sicherungsfunktion zugunsten der Gläubiger[19]. Deshalb ist zu untersuchen, inwiefern das Ausscheiden aus der Genossenschaft diese Nachschusspflicht berührt und damit die Kreditbasis der Körperschaft beeinträchtigt.

Art. 876 OR, der u.a. die «Haftung nach Ausscheiden»[20] regelt, legt in seinem Abs. 2 fest, dass unter den gleichen Voraussetzungen und für die gleichen Fristen die bezüglich Haftung gelten – auch die Nachschusspflicht bestehe. Demnach kann diese Pflicht nach Gesetz auch für einen bereits Ausgeschiedenen noch aktuell werden, und zwar während mindestens eines Jahres seit seinem Ausscheiden, jedoch nur hinsichtlich Verbindlichkeiten, die bis zu ebendiesem Zeitpunkt begründet worden sind und nur unter der Voraussetzung, dass über die betreffende Genossenschaft der Konkurs eröffnet worden ist. Entscheidender Zeitpunkt als Grenze zu jüngeren, diese Pflicht nicht mehr berührenden Verbindlichkeiten und als Beginn für den fraglichen Fristenlauf ist dabei ebenfalls die Streichung aus der Liste der Genossenschafter durch den Handelsregisterführer, wie bei der persönlichen Haftung[21]. Mithin steht auch für die Nachschusspflicht fest, dass sich ihre Sicherungsfunktion auf Verbindlichkeiten, die nach dem Ausscheiden eines Genossenschafters begründet werden, nach Gesetz nicht mehr erstreckt; ob sich eine Ausdehnung ihrer Sicherungswirkung solchen Inhaltes allenfalls bewerkstelligen lässt, wird später abgeklärt werden.

III. Die Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit des genossenschaftlichen Betriebes

1. Verschlechterung der Ertragslage

Auszugehen ist davon, dass jede Genossenschaft ihre Kosten des Aufwandes für den genossenschaftlichen Betrieb grundsätzlich auf ihre Mitglieder überwälzen muss[22]. Ob diese Mittel nun auf dem Wege der Erhebung periodischer Geldbeiträge, des Bezuges von Benutzungsgebühren oder der Realisierung von Preismargen beschafft werden, ist unerheblich, solange dem Gebot der Gleich-

[19] Siehe oben, S. 28.

[20] Vgl. das Marginale zu Art. 876 OR.

[21] Art. 876/877 OR; Art. 94 HRegV.

[22] Einer Genossenschaft, die gerade deshalb auch Nichtmitglieder-Geschäfte tätigt, um auf diesem Wege ihr eigenes Aufwandskonto ganz oder teilweise zu entlasten, dürfte die Qualifikation «echt» deswegen wohl nicht abgesprochen werden, liegt doch in dieser Operation noch nicht die Erzielung von Gewinn, der dann unter die Genossenschafter – beispielsweise nach Massgabe ihres Kapitaleinsatzes – verteilt wird.

behandlung gemäss Art. 854 OR nachgelebt wird. Werden aber die notwendigen laufenden Mittel über die Mitglieder erschlossen, bedeutet jedes Ausscheiden von Genossenschaftern zugleich eine Schmälerung dieser Finanzierungsquelle.

Unbedenklich ist diese Folge immer dann, wenn es der Genossenschaft gelingt, dem Rückgang des Zuflusses entsprechend die Kosten des Aufwandes zu senken. Empfindlicher wirkt sich aber jede Mittelverminderung dort aus, wo eine Anpassung des Aufwandes an den geschrumpften Mitgliederbestand deshalb ausgeschlossen ist, weil unabhängig von diesem *unvermeidbare fixe Aufwandskosten* bestehen. In allen diesen Fällen wird die Genossenschaft zwangsläufig einen geringeren Reinertrag ausweisen, was sich mehr oder weniger direkt auf das Wachstum des Genossenschaftsvermögens auswirkt[23]. Will sie das verhindern, wird sie nicht darum herumkommen, diese an sich gleichbleibenden Kosten fortan auf die geringere Zahl der verbliebenen Genossenschafter zu verteilen, was zu einer Mehrbelastung ausgerechnet jener Genossenschafter führt, die dem gemeinsamen Werk die Treue gehalten haben.

2. Verringerung der Marktchancen

Das Ausscheiden von Mitgliedern kann für jene Genossenschaften spezifische Folgen zeitigen, die kraft der genossenschaftlichen Sammlung von Teilnehmern des offenen Marktes auf diesem eine verstärkte Stellung geniessen und dank ihrer grossen Bezugskapazität dort günstigere Bedingungen zugestanden erhalten. Bringt hier das Ausscheiden einzelner Genossenschafter zugleich eine spürbare Schmälerung der Marktkapazität der betreffenden Genossenschaft mit sich, ist nicht auszuschliessen, dass die Gesamtheit der Verbliebenen fortan wird teurer einkaufen müssen. Trifft dies zu, erleidet die Genossenschaft dann einen Schaden, wenn sie trotz höherer Ankaufspreise die Bezugspreise für die Genossenschafter nicht anhebt. Will sie das verhindern, hat sie diesen Nachteil auf ihre Mitglieder zu überwälzen, indem sie die Produkte entsprechend verteuert.

[23] Siehe oben, S. 52/53.

3. Teil: Die Erhaltung des Mitgliederbestandes und die Eliminierung von Ausscheidensfolgen

§ 6 Die gesetzlichen Behelfe zur Erhaltung des Mitgliederbestandes

Standen bisher sämtliche Arten des Ausscheidens von Genossenschaftern und die daherigen Folgen für die Genossenschaft im Blickfeld des Interesses, verlagert sich nun die Betrachtung vorübergehend auf den Austritt und die Austrittsfreiheit. In diesem Zusammenhang interessieren dann einmal die rechtlichen Möglichkeiten, diese Freiheit direkt zu beschränken, ferner aber auch jene Institute, die den Übergang einer bestehenden Mitgliedschaft auf eine andere Trägerperson bewirken. Effekt aller dieser Vorkehren ist die Erhaltung des einmal erreichten Mitgliederbestandes. Je nachdem kann man dann von Binde- oder aber Akquisitionswirkung sprechen.

I. Der Grundsatz der Freiheit des Austrittes

Gemäss Art. 842 Abs. 1 OR steht jedem Genossenschafter der Austritt frei, solange die Auflösung der Genossenschaft nicht beschlossen ist. In übereinstimmender Weise mit dem heutigen Recht garantierte schon Art. 864 Abs. 1 aOR diese Freiheit, welche das Bundesgericht umfassend geschützt wissen wollte. Es betrachtete jede erhebliche Erschwerung des Austrittes als ungültig, sofern sie nicht durch den Genossenschaftszweck geradezu vorausgesetzt wurde oder nur in der Aufstellung einer angemessenen Kündigungsfrist bestand. Es vertrat dabei die Auffassung, Art. 684 Abs. 3 aOR lasse die Festsetzung einer Kündigungsfrist als einzigen Einbruch in die genannte Freiheit zu, welche eine Eigentümlichkeit des Genossenschaftsrechtes sei und sich aus dem ursprünglich rein persönlichen Charakter dieses Institutes ergebe[1]. Diese unbeugsame Haltung des Bundesgerichtes führte einerseits zu Vorstössen interessierter Kreise und Personen[2]. Andererseits bildeten ihre stossenden Ergebnisse fruchtbaren Nährboden für die Einsicht, dass moderne Genossenschaft durchaus in wirtschaftlich ernsthafte Dimensionen hineinwachsen und Genossenschaft wie

[1] BGE *45* II 658.

[2] BBl *1921* II 325:
- Eingabe des schweizerischen Bauernverbandes an den Bundesrat vom 9. 2. 1920;
- Motion Stähli im Nationalrat am 26. 2. 1920:
«Der Bundesrat wird eingeladen, beförderlichst Bericht und Antrag einzubringen über die Frage, ob nicht Art. 684 des OR in dem Sinne abzuändern sei, dass Absatz 2 aufgehoben und die Möglichkeit geboten wird, den Austritt aus einer Genossenschaft statutarisch oder vertraglich von Bedingungen abhängig zu machen oder zeitlich zu beschränken.»

auch Mitglieder zu beachtlichen Vermögenseinsätzen veranlassen kann; angesichts dieser wirtschaftlichen Realität musste jede idealisierende These überspitzter personalistischer Prägung ihre Überzeugungsfähigkeit verlieren und übertrieben gewertete Austrittsfreiheit an Durchschlagskraft einbüssen. Die Tendenz zur Bindung der Mitglieder wurde mitunter denn auch in engem Zusammenhang mit der Entwicklung der Genossenschaft in diesem Jahrhundert gesehen[3].

Es ist augenfällig, dass der Gesetzgeber anlässlich der Revision des Genossenschaftsrechtes dieser Entwicklung gerecht werden wollte, indem er verschiedenen Institutionen mit Binde- oder Akquisitionswirkung auf Genossenschafter oder Drittpersonen Eingang in das Gesetz verschaffte. Teils zielen diese Institutionen auf das Mitglied direkt ab, teils lediglich auf einen von ihm vertretenen, wirtschaftlich relevanten Sachverhalt. Neben diesen Handhaben, die den Mitgliederbestand zu halten geeignet sind, stehen Behelfe, welche die schädlichen Folgen des Ausscheidens von Genossenschaftern in gewissem Ausmass wettzumachen vermögen.

II. Die gesetzlichen Institutionen mit Bindewirkung auf Personen, welche Mitglieder sind

1. Die Unterdrückung des Klagerechtes eines einzelnen Genossenschafters auf Ausschliessung anderer Mitglieder

Räumte Art. 685 aOR dem einzelnen Genossenschafter noch ein Klagerecht ein, jedes andere Mitglied durch richterliches Urteil aus wichtigen Gründen aus der Genossenschaft ausschliessen zu lassen, kennt das geltende Gesetz einen solchen Anspruch nicht mehr. Dieser Verzicht des Gesetzgebers beinhaltet bereits eine stabilisierende Wirkung zugunsten der Genossenschaft, indem ausschliesslich der Wille von Organen der Körperschaft[4] für die Zusammensetzung ihres Mitgliederbestandes ausschlaggebend sein soll und nicht auch jener einzelner Mitglieder. Gleichzeitig lässt dieser Verzicht erkennen, dass im Zuge der Gesetzesrevision der Genossenschaft als Schicksalsgemeinschaft ein gewisser Vorrang vor den Sonderinteressen der einzelnen Mitglieder zuerkannt wurde.

2. Die Kündigungsfrist

Nach wie vor[5] kann ein Mitglied kraft Gesetzes nur auf Schluss eines Geschäftsjahres[6] austreten und hat dabei gemäss Art. 844 Abs. 1 OR die

[3] König Richard, Funktion, S. 468.

[4] Gemäss Art. 846 Abs. 3 OR: Generalversammlung oder Verwaltung.

[5] Art. 844 Abs. 1 OR; vgl. Art. 684 Abs. 3 aOR.

[6] Gemäss Art. 844 Abs. 2 OR können die Statuten den Austritt auch im Laufe des Geschäftsjahres gestatten.

gesetzliche Kündigungsfrist von einem Jahr zu beobachten. Diese Jahresfrist ist als unerstreckbare Maximalfrist zu verstehen, enthält doch Art. 844 Abs. 2 OR lediglich einen Vorbehalt zugunsten der Statuten für eine Verkürzung dieser Frist, womit implizite eine Ausdehnung als unzulässig hingestellt ist.

Die Bindewirkung dieser einjährigen Kündigungsfrist ist allerdings nicht zu überschätzen, bleibt doch für die Genossenschaft als unausweichliches Faktum bestehen, dass in absehbarer Zeit ein Mitglied ausscheidet. Im Vergleich mit der bloss vierwöchigen Kündigungsfrist von Art. 684 Abs. 3 aOR – allerdings als Minimalfrist konzipiert – verleiht sie jedoch der Genossenschaft die realistischere und aussichtsreichere Chance, sich auf den angekündigten Mitgliederabgang einzustellen und entsprechende Massnahmen zu treffen. Damit kommt der Kündigungsfrist aber nicht eigentliche Bindungs-, sondern vielmehr *Ordnungsfunktion* zu[7].

3. Der Ausschluss des Austrittes während bestimmter Zeit

Erklärte Art. 684 Abs. 2 aOR jedes Verbot zum Austritt kategorisch als ungültig, erlaubt nun Art. 843 Abs. 1 OR, den Austritt statutarisch oder vertraglich auf höchstens fünf Jahre auszuschliessen. Eher als die Kündigungsfrist dürfte wohl dieses Institut als geeignet hingestellt werden, der Genossenschaft eine gewisse Bestandessicherheit zu verleihen, allerdings nur eine gewisse.

Das Austrittsverbot kann in verschiedener Weise gehandhabt werden. Einmal können die Statuten ein fünfjähriges Verbleiben in der Genossenschaft nur den Gründern vorschreiben. Dies, damit unentbehrliche wirtschaftliche Faktoren, mit denen anfänglich kalkuliert worden war, nicht bei erstbester Gelegenheit wieder entfallen; damit allfällige Kinderkrankheiten des jungen Unternehmens überwunden werden können[8]. Das Gebot der Gleichbehandlung dürfte aber gebieten, alsbald Hinzustossende ebenfalls bis zum Ablauf dieser für die Gründer geltenden Sperrfrist zu verpflichten. Denn die Startinitiative von Mutigen soll nicht durch Bevorzugung zögernder Skeptiker verachtet und schlechter gestellt werden. – Denkbar ist aber auch, dass jedem Genossenschafter, Gründern wie später Hinzustossenden, die Pflicht auferlegt wird, von seinem Eintritt an gerechnet, die Mitgliedschaft während mindestens fünf Jahren beizubehalten. Eine solche Regelung lässt sich etwa dort vertreten, wo jeder Neueintritt der Genossenschaft bestimmte, einmalige Aufwendungen

[7] Hager Arthur, S. 26, bezeichnet sie als «das einfachste Mittel, um einem Rechtsverhältnis eine gewisse Bestandessicherheit zu verleihen.»
Für eine Genossenschaft, die regelmässig eher auf Dauer angelegt ist, erscheint diese Auffassung doch wohl als zu optimistisch, selbst wenn die Kündigungsfrist ein ganzes Jahr beträgt.

[8] Jaussi Hans, S. 18.

verursacht, die sie im Laufe der nächsten Jahre amortisieren können soll, was billigerweise unter Mitwirkung des Verursachers zu geschehen hat.

Über die genannten Wirkungen hinaus – *Stabilisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse für die Zeit des Aufbaues und billige Inanspruchnahme jedes Beigetretenen für spezifische Aufwendungen* – scheint ein befristetes Austrittsverbot der Genossenschaft keine weiteren Vorteile einzuräumen. Ist die fünfjährige Frist einmal abgelaufen, wird die Genossenschaft mit der Austrittsfreiheit der Mitglieder erneut konfrontiert. Nicht zu übersehen ist schliesslich auch, dass gemäss Art. 843 Abs. 2 OR jeder Genossenschafter aus wichtigen Gründen selbst während einer solchen Sperrfrist austreten kann.

III. Die gesetzlichen Institutionen mit Akquisitionswirkung auf beliebige Personen, an Sachverhalte anknüpfend

1. Die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Eigentum an Grundstücken oder der Bewirtschaftung von solchen

Dass eine Genossenschaft die Mitgliedschaft bei ihr gemäss Art. 850 Abs. 1 OR vom Eigentum an einem Grundstück oder der Bewirtschaftung eines solchen abhängig machen darf, hat mit Akquisitionswirkung noch nichts zu tun[9]. Diese Erlaubnis stellt höchstens klar, dass selbst in relativ weitgehenden Voraussetzungen durchaus nicht in allen Fällen eine übermässige Erschwerung des Eintrittes erblickt zu werden braucht. Auf Akquisitionswirkung zielt hingegen die Befugnis der Statuten gemäss Art. 850 Abs. 2 OR ab, die Mitgliedschaft mit dem Eigentum an bestimmten Grundstücken oder der Bewirtschaftung solcher derart verknüpfen zu dürfen, dass jeder Erwerber oder Übernehmer gleichzeitig mit dem Eigentumserwerb oder der Betriebsübernahme auch Genossenschafter wird. Der Revisionsgesetzgeber nahm dieses Rechtsinstitut vornehmlich mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Milchwirtschafts- und Käsereigenossenschaften in das Genossenschaftsrecht auf[10]. Bedeutung kommt ihm jedoch allgemein dort zu, wo sich im Hinblick auf die *persönlichen Leistungspflichten der Mitglieder* das Interesse einer Genossenschaft auf *Grundstücke mit bestimmter* insbesondere landwirtschaftlicher - *Betriebsweise* konzentriert[11].

[9] BGE *98* II 223: «Eine solche statutarische Bestimmung allein genügt jedoch nicht, damit ein Erwerber oder Übernehmer dieses Grundstückes anstelle des bisherigen Eigentümers oder Inhabers Mitglied der Genossenschaft wird.»

[10] Botschaft, S. 290/291: «Von grosser praktischer Bedeutung ist die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit dem Eigentum an einem Grundstück oder mit dem wirtschaftlichen Betrieb eines solchen, wie sie uns insbesondere bei Milchwirtschafts- und Käsereigenossenschaften begegnet.»

[11] Bieri Friedrich, S. 8; Detmers Kurt, S. 62.

Es fällt auf, dass das Gesetz die Verknüpfung der Mitgliedschaft sowohl mit Eigentum als auch mit Besitz gestattet, direkte Wirksamkeit gegenüber Dritten aber nur für die erstgenannte Kombinationsart zulässt und ermöglicht. Diese Tatsache empfiehlt, die beiden Grundtatbestände gesondert zu behandeln.

a) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit Eigentum an Grundstücken

1. Gemäss Art. 850 Abs. 3 OR darf eine genossenschaftliche Statutenbestimmung des Inhaltes, mit der Veräusserung eines bestimmten Grundstückes gehe ohne weiteres die Mitgliedschaft bei dieser Genossenschaft auf den Erwerber über, *auf dem Grundbuchblatt dieses bestimmten Grundstückes vorgemerkt* werden. Solange eine solche Vormerkung besteht, wird demnach jeder Erwerber dieses Grundstückes nicht nur dessen Eigentümer, sondern zugleich auch Mitglied der vorgemerkten Genossenschaft, und zwar automatisch, ohne dass es eines besonderen Aufnahmebeschlusses seitens der Genossenschaft bedarf[12]; dies selbst entgegen dem Willen des Erwerbers[13]. Voraussetzung ist allerdings, dass der Veräusserer im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung am Grundstück selber noch Genossenschafter ist. «Denn Art. 850 OR will ... lediglich eine Ausnahme vom Grundsatz der Unübertragbarkeit der Mitgliedschaft zulassen»[14], indem er in Durchbrechung dieses letzteren Prinzips für einen Sonderfall den derivativen Mitgliedschaftserwerb in Form des Überganges ipso iure anerkennt. Begriffsnotwendig kann Mitgliedschaftsübertragung[15] aber nur dort stattfinden, wo beim Eintritt des bedingenden Ereignisses ein Träger dieses Rechtskomplexes noch vorhanden ist, von welchem er gleichzeitig mit dem Übergang des Grundeigentumsrechtes auf ein anderes Rechtssubjekt hinüberwechselt. Wollte mit dieser Institution aber ausdrücklich die Übertragung der Mitgliedschaft für einen Sonderfall eingeführt werden, heisst das insbesondere nicht, dass die Mitgliedschaft seither – unabhängig von einem Träger – auf ein Grundstück radiziert werden darf, dergestalt, dass ein bisheriger Grundeigentümer wohl aus der Genossenschaft ausscheiden kann, ein späterer Erwerber des Grundstückes aber kraft der eventuell stehengebliebenen Vormerkung automatisch Genossenschafter wird. Denn die Vormerkung bewirkt ein automatisches Hineinwachsen des Erwerbers in die bestehende Mitgliedschaft des Veräusserers und beschränkt sich nicht etwa bloss darauf, jenen Erwerber zum Eintritt in die Genossenschaft zu verpflichten[16]. Der Erwerber wird nicht zur

12 Maximen, Band XI, Nr. 694, S. 708.

13 BGE *90* II 312 313: «Kraft der Vormerkung geht die Mitgliedschaft mit der Veräusserung des Grundstückes ohne Rücksicht auf den Willen des Erwerbers auf diesen über.»

14 BGE *89* II 145.

15 Vgl. die Marginalien zu Art. 849 und 850 OR.

16 Ungenau daher Meier-Hayoz Arthur, Kommentar, N. 158, Systematischer Teil, der unter dem Gesichtspunkt «Rechtsgeschäftliche Realobligationen» vom «Anspruch der Genossenschaft auf Beitritt des Erwerbers eines Grundstückes (OR 850)» spricht.

Mitgliedschaft, sondern aus dieser verpflichtet, wird der Genossenschaft gegenüber Schuldner hinsichtlich der mitgliedschaftlichen Pflichten[17]. Ist er als solcher zu positiven Leistungen verhalten, ist die Rechtsfigur der Realobligation gegeben; denn eine solche liegt u.a. vor, wenn zu einem Tun oder Handeln verpflichtet ist, wer immer an einer bestimmten Sache Eigentum hat[18].

2. *Wie kommt es zu dieser grundbuchlichen Vormerkung?* Die fragliche Statutenbestimmung hat die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit Grundeigentum aufzuzeigen und hinreichenden Aufschluss darüber zu geben, welche Grundstücke der Genossenschafter darunter fallen. Das heisst nun allerdings nicht, die betreffenden Grundstücke seien in den Statuten einzeln zu nennen; dem Zweck der jeweiligen Genossenschaft entsprechend dürfte eine allgemeine Charakterisierung dieser Grundstücke genügen[19]. In allen Fällen unerlässlich ist die statutarische Anordnung der grundbuchlichen Vormerkung. Denn nur sie ist als jene verbindliche Abrede aufzufassen, welche der Genossenschaft einen Anspruch auf Durchsetzung dieser Vormerkung einräumt. Man darf sie wohl als «Vormerkungsvertrag» bezeichnen.

Gemäss Art. 963 ZGB, Art. 70 und Art. 15 Abs. 1 GBV hat die grundbuchliche Anmeldung vom Verfügungsberechtigten auszugehen. Als solcher hat allein der einzelne Genossenschafter zu gelten, dies selbst dann, wenn die Statuten die Genossenschaftsverwaltung zur Anmeldung ermächtigen[20]. Denn ein korporativ gefasster Bevollmächtigungsbeschluss entbehrt der grundbuchrechtlich geforderten Eindeutigkeit und Sicherheit, ist es doch denkbar, dass er in Abwesenheit oder wider den Willen von effektiv Verfügungsberechtigten zustande gekommen ist. Wohl kann ein körperschaftlicher Mehrheitsbeschluss Mitglieder entgegen ihrem Willen zu einem bestimmten Verhalten zwingen; es kann ihm aber nicht unterschoben werden, die fehlende Willenserklärung einzelner Mitglieder dort zu ersetzen, wo diese unumgänglich ist. Mithin beinhaltet die statutarische Anordnung solcher Vormerkung nichts anderes als die Pflicht des einzelnen Genossenschafters, die beschlossene Vormerkung für seine betroffenen Grundstücke beim Grundbuchamt zur Anmeldung zu bringen.

[17] Deschenaux Henri, S. 738: «... tout acquéreur devient débiteur des obligations d'associé ...».

[18] Liver Peter, Realobligation, S. 236; vgl. auch Jost Arthur, S. 91.

[19] Einer Milchverwertungsgenossenschaft wäre etwa die Verwendung folgender Formulierung zu empfehlen:

«Die Mitgliedschaft bei dieser Genossenschaft ist mit dem Eigentum an solchen Grundstücken verknüpft, die sich für den Anbau von Futter für Rindvieh eignen. Wer das Eigentum an einem solchen Grundstück von einem Genossenschafter erwirbt, wird dadurch gleichzeitig Mitglied dieser Genossenschaft. Diese Bestimmung ist für die betroffenen Grundstücke im Grundbuch vorzumerken.»

[20] Vgl. etwa Verband aargauischer Käserei- und Milchgenossenschaften, Suhr, Musterstatuten vom 12.4.1966, Art. 6 Abs. 1.

Aus praktischen Gründen – um der Kontrolle und Ordnung willen – wird sich die Verwaltung bemühen, von jedem einzelnen Genossenschafter eine schriftliche Vollmacht zugunsten der Genossenschaft eingeräumt zu erhalten. Verweigert ein einzelnes Mitglied diese und unterlässt es auch die eigenhändige Anmeldung, bleibt der Genossenschaft die Möglichkeit, gestützt auf die statutarische Vormerkungsvereinbarung und Art. 98 OR auf richterliche Ermächtigung der Genossenschaft zur Ersatzvornahme zu klagen. Ein solches rechtskräftiges Urteil legitimiert sie, in Stellvertretung für das renitente Mitglied die angestrebte Vormerkung zur Anmeldung zu bringen[21].

Der Ausweis über das Verfügungsrecht im Sinne von Art. 965 Abs. 2 ZGB ist mit den freiwillig erteilten und den gerichtlich erstrittenen Vollmachten in Verbindung mit den entsprechenden Grundbucheinträgen, welche über die Person des verfügungsberechtigten Eigentümers Aufschluss geben, noch nicht vollends erbracht. Die anmeldende Verwaltung wird mittels Handelsregisterauszugs noch dartun müssen, wer für die Genossenschaft zeichnungsberechtigt ist. Was den Ausweis über den Rechtsgrund im Sinne von Art. 965 Abs. 3 ZGB betrifft, wird die Verwaltung eine Bestätigung des Handelsregisterführers beizubringen haben, dass die fragliche Vormerkungsvereinbarung Bestandteil der beim Handelsregister hinterlegten, gültigen Statuten bildet[22].

Im Zusammenhang mit der eigentlichen Vormerkung stellt sich schliesslich noch eine letzte Schwierigkeit. Effektiv vorgemerkt wird – genau wie bei Mietverträgen – ein Komplex von persönlichen Rechten, welche den mit der Mitgliedschaft verbundenen Pflichten des einzelnen Genossenschafters entsprechen. Gemäss Art. 71 Abs. 2 GBV soll aber die Vormerkung persönlicher Rechte auch die Zeitdauer deren Bestandes enthalten[23]. Welche Zeitspanne kommt hier in Frage, nachdem es – abgesehen vom Kündigungsverzicht auf fünf Jahre nach Art. 843 Abs. 1 OR – genossenschaftliche Mitgliedschaft auf bestimmte Zeit nicht gibt? Es kann doch nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, die Institution von Art. 850 OR nur um der Verstärkung des

[21] Kummer Max, Willenserklärung, S. 205.

Kennt das kantonale Prozessrecht – wie z. B. Art. 407 der bernischen Zivilprozessordnung – die Klage auf Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung, wobei das Urteil diese Erklärung ersetzt, wird die Genossenschaft zu diesem Behelf greifen. Vgl. dazu Kummer Max, Willenserklärung, S. 163–205.

Detmers Kurt, S. 78, empfiehlt – ohne Berücksichtigung der Verschiedenheit der Prozessordnung – die Klage auf Verurteilung zur Veranlassung der Vormerkung und folgert: «Le membre refusant de formuler la réquisition, on doit admettre que le jugement remplace la volonté déficiente du sociétaire et constitue un titre suffisant pour le conservateur.»

[22] Vgl. dazu auch ZBGR *30* 119 120: «Weisung der (aargauischen) Justizdirektion an die Grundbuchämter betr. Vormerkung der Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft im Grundbuch (Art. 850 OR), vom 26. Juli 1948».

[23] Vgl. auch Art. 72 GBV, wonach mit Ablauf dieser Zeitdauer die Vormerkung von Amtes wegen zu löschen ist.

zeitlich kurz bemessenen Austrittsverbotes willen zu schaffen, dessen Wirkungen insofern schon weitgehende sind, als höchstens wichtige Gründe es zu hemmen vermögen. Eine solche Erklärung erscheint um so unwahrscheinlicher, als mit der Vormerkung insbesondere Landwirtschaftsbetriebe an die Genossenschaft sollten gekettet werden können, die ihren Grundeigentümer doch in den seltensten Fällen innert weniger Jahre wieder wechseln. Niemals! Gibt man sich denn auch Rechenschaft über den rechtspolitischen Hintergrund von Art. 850 OR, wird ersichtlich, dass die Vormerkung genossenschaftlicher Mitgliedschaft eine Zeitangabe gerade nicht enthalten darf. Wohl soll durch sie der Genossenschaft lebensnotwendiges Wirtschaftspotential erhalten werden; nicht aber dadurch, dessen Verfangenheit auf bestimmte Zeit zu sichern, sondern lediglich durch Eliminierung jener Unzulänglichkeiten, welche ein Eigentümerwechsel am bedingenden Grundstück sonst mit sich brächte. Träfe den Veräusserer nämlich die schlichte Pflicht, den Erwerber zum Eintritt in die Genossenschaft zu bestimmen, was anderes könnte diese bei Missachtung dieser Obliegenheit erlangen als bestenfalls die Zusprechung von Schadenersatz? Am realen Produkt aus der Bewirtschaftung des fraglichen Grundstückes ist ihr aber viel mehr gelegen als an einer Summe Geldes.

3. Einer Erörterung bedarf auch die Frage, wie die Vormerkungsvereinbarung zustande kommt und welche Wirkungen sie zeitigt *in Genossenschaften, denen nicht ausschliesslich Grundeigentümer angehören.*

Bezüglich der Wirkungen kommt man nicht um die Tatsache herum, dass die Vormerkung nur gegenüber solchen Mitgliedern durchgesetzt werden kann, die Grundeigentümer sind, und ebenso nur gegenüber solchen Grundeigentümern, die Mitglieder sind. Ist ein Genossenschafter Pächter eines landwirtschaftlichen Betriebes, besteht nicht die mindeste Handhabe, eine Vormerkung im Sinne von Art. 850 OR dem Verpächter und Grundeigentümer gegenüber durchzusetzen, fehlen doch jegliche Rechtsbeziehungen zwischen diesem und der Genossenschaft. Unverbindlichkeit für Nichteigentümer einerseits, Verbindlichkeit für Grundeigentümer andererseits! In solcher Diskrepanz wurde mitunter ein Verstoss gegen das Gebot der Gleichbehandlung erblickt. Hier wurde für Anfechtbarkeit der entsprechenden Statutenbestimmung votiert, falls Nichteigentümer eine Minderheit von Grundeigentümern überstimmt hätten[24], dort wurde ein besonderer Abstimmungsmodus für das Zustandekommen der Vormerkungsvereinbarung gefordert[25]. Beide Auffassungen sind

[24] Frey Jakob-Gustav, Vormerkung, S. 130/131.

[25] Studer Walter, S. 268/269, fordert für den Fall einer nachträglichen Aufnahme in die Statuten, also für den Fall einer Statutenänderung: Vorerst hätten die Grundeigentümer allein mit Zweidrittelsmehrheit zuzustimmen, anschliessend sämtliche Genossenschafter ebenfalls mit Zweidrittelsmehrheit.

abzulehnen. Jede Lösung dieses Problems hat sich daran zu orientieren, inwiefern die Vormerkung die betroffenen Genossenschafter belastet und inwieweit die Nichteigentümer angesichts der Unanwendbarkeit dieser Vereinbarung auf sie bevorzugt sind.

Es ist unbestreitbar, dass sich ein Grundstück allenfalls nur zu geringerem Preis verkaufen lässt, wenn der Erwerber mit einer Bindung an die Genossenschaft zu rechnen hat[26]. Sachgerecht betrachtet muss sich die zu gewärtigende Preiseinbusse im Rahmen jenes Betrages bewegen, den ein mitgliedschaftsunwilliger Erwerber aufzubringen haben würde, um von der Genossenschaft loszukommen; im Vordergrund stehen dabei Auslösungssumme und verfallende Anteile. Gegen solche Verschlechterung seiner Stellung ist ein verkaufslustiger Grundeigentümer aber insoweit gefeit, als er – der Vormerkung zum Trotz – jederzeit aus der Genossenschaft austreten und hernach die Vormerkung löschen lassen kann[27]. Denn eine solche beschneidet seine Austrittsfreiheit in keiner Weise, wurde doch die Idee unkündbarer Mitgliedschaft während der Dauer des Eigentums am vorgemerkten Grundstück vom Revisionsgesetzgeber ausdrücklich verworfen[28]. Tritt der Grundeigentümer aber in Ausschöpfung seiner Freiheit aus, erwachsen ihm selber genau jene Kosten, um die ein allfälliger Kaufsinteressent den Grundstückpreis hatte drücken können. Diese sind nun aber durchwegs gleich zu bemessen, ob es sich um einen Grundeigentümer oder einen Pächter handelt. Demnach verletzt eine Vormerkungsvereinbarung im Sinne von Art. 850 OR den Grundsatz der Gleichbehandlung in einer Genossenschaft auch dann nicht, wenn dieser sowohl Grundeigentümer als auch Nichteigentümer (Pächter) angehören. Und sie ist dem normalen gesetzlichen oder statutarischen Abstimmungsmodus zu unterwerfen, handle es sich um eine ursprüngliche Bestimmung der Statuten oder um deren Änderung.

Zu keinem andern Ergebnis führt jener Fall, da nur eine Teilveräusserung der aus mehreren Grundstücken bestehenden Liegenschaft zur Diskussion steht. Die Lösung dieses Problems hängt aber letztlich derart eng mit dem Fragenkomplex der Auslösungssumme zusammen, dass eine bezügliche Erörterung später stattfinden muss[29].

4. Schliesslich bleibt noch darzustellen, *wie sich ein ausgetretener Genossenschafter der auf seinen Grundstücken lastenden Vormerkungen entledigen kann.* Dass ihm ein solches Recht zustehen muss, ergibt sich aus den zwei bereits erwähnten Rechtssätzen, dass die Vormerkung einmal die Austrittsfreiheit des Genossenschafters nicht beschneidet und dass sie ferner nur dann Wirkungen

26 Vgl. Frey Jakob-Gustav, Vormerkung, S. 130.
27 Vgl. Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 267.
28 Vgl. dazu BGE *89* II 147/148, mit Hinweisen.
29 Siehe unten, S. 108–110.

zu entfalten vermag, wenn im Zeitpunkt der Handänderung am Grundstück der Veräusserer noch Mitglied der Genossenschaft ist. Demnach verliert eine solche Vormerkung ihre Daseinsberechtigung immer dann, sobald der betreffende Grundeigentümer aus der Genossenschaft ausscheidet, ohne dass gleichzeitig ein anderer Träger als Nachfolger im Eigentumsrecht am betreffenden Grundstück seine Mitgliedschaft übernimmt[30]. Bei richtiger Einschätzung der Verhältnisse wird die Genossenschaft durch «schriftliche Erklärung» im Sinne von Art. 964 ZGB und Art. 61 Abs. 2 GBV die Löschung dieser Vormerkung beim Grundbuchverwalter anmelden. Wie aber ist vorzugehen, wenn sie sich trotz rechtsgültigen Austrittes dazu weigert? Diesfalls ist zu bedenken, dass diese Vormerkung dann einen solchen Grundbucheintrag darstellt, dessen materieller Inhalt – die genossenschaftliche Mitgliedschaft und die daraus fliessenden persönlichen Ansprüche der Genossenschaft auf Erfüllung der Mitgliedschaftspflichten – ausserbuchlich untergegangen ist. Auch fehlt diesem Eintrag die positive Rechtskraft des Grundbuches, kann doch ein gutgläubiger Grundstückserwerber nicht eine Mitgliedschaft derivativ übernehmen, die inexistent ist, weil sie infolge Austrittes untergegangen ist[31]. Liver[32] würde möglicherweise befürworten, dass der belastete Grundeigentümer ohne Mitwirken der Genossenschaft eine Löschung nach Art. 976 ZGB erwirken kann, wenn er – z. B. mittels bestätigten Auszugs aus dem Protokoll der Generalversammlung[33] – dem Grundbuchverwalter schlüssig darzutun vermag, dass er aus der Genossenschaft ausgeschieden ist, ohne dass ein anderer seine Mitgliedschaft übernommen hat. Ein solches Vorgehen wäre angesichts seiner Einfachheit zu begrüssen und vom juristischen Standpunkt aus sicher vertretbar. Wie aber kommt der Ausgeschiedene in den Besitz eines tauglichen Protokollauszuges, wenn die Genossenschaft schon die Anmeldung der Löschung verweigert? Kommt noch dazu, dass der Wortlaut solcher Protokolle oft wenig präzis ist. Der Grundeigentümer ist alsdann auf die Klage angewiesen, es sei gerichtlich festzustellen, dass er unter dem bestimmten Datum X aus der Genossenschaft ausgeschieden und in diesem Moment noch Eigentümer des mit der Vormerkung belasteten Grundstückes gewesen sei. Weder gestaltet ein daheriges Urteil die Rechtslage unmittelbar um, noch verpflichtet es die Genossenschaft zur Abgabe einer Willenserklärung. Es schafft lediglich zuverlässigen Aufschluss

[30] Detmers Kurt, S. 87: «En cas de démission d'un membre, sans aliénation de son domaine, ... le membre perd sa qualité une fois la démission effective. Des lors, l'annotation n'a plus sa raison d'être, elle est radiée sur requête justifiée du propriétaire ou de la coopérative avec autorisation de ce dernier.»

[31] Homberger Arthur, Kommentar, N. 7 zu Art. 973 ZGB, versagt den nach Art. 959 ZGB vorgemerkten persönlichen Rechten den Schutz aus Art. 973 ZGB generell.

[32] Liver Peter, Löschung, S. 349 ff, insbesondere S. 356 ff.

[33] Das Genossenschaftsrecht kennt eine Protokollführungspflicht anlässlich der Generalversammlung laut Art. 902 Abs. 3 OR.

über solche Tatsachen, deren Koexistenz der Vormerkung jede Berechtigung nimmt[34]. Denn, «ausgetreten sein» und gleichzeitig «Grundeigentümer geblieben sein» bedeutet das Dahinfallen jener für eine rechtmässige Vormerkung unabdingbaren Verknüpfung von Mitglieder- und Grundeigentümerqualität. Mit Hilfe eines solchen Urteils kann nun der Ausgetretene die Löschung der Vormerkung gestützt auf Art. 976 ZGB ohne Mitwirken der Genossenschaft erreichen.

b) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit der Bewirtschaftung von Grundstücken

Art. 850 OR gestattet, die Mitgliedschaft bei einer bestimmten Genossenschaft statutarisch mit dem wirtschaftlichen Betrieb auf bestimmten Grundstücken zu verknüpfen, und erlaubt alsdann – in Durchbrechung des Grundsatzes der Unübertragbarkeit –, einen automatischen Mitgliedschaftsübergang auf jeden Übernehmer dieses Betriebes zu statuieren. Zum Leidwesen der Genossenschaften gibt es hier aber keine rechtliche Handhabe, solchen Mitgliedschaftsübergang dem Betriebsübernehmer gegenüber direkt geltend zu machen, ist es doch mangels dinglicher Anknüpfungspunkte ausgeschlossen, diesen auf rechtsbegründende Publizitätseinrichtungen zu verweisen und dabei zu behaften. Es interessiert daher die Rechtslage, die entsteht, wenn ein Übernehmer wohl die Führung eines solchen Betriebes antritt, der Genossenschaft gegenüber aber säumig ist und die Mitgliedschaft seiner Person bestreitet.

Eine Statutenbestimmung im Sinne von Art. 850 OR hat zunächst zur Folge, dass die Genossenschaft jede Freiheit in der Auswahl ihrer Mitglieder einbüsst. Denn dadurch gibt sie zu erkennen, dass ihr jede Seele recht sei, wenn sie nur ein bestimmtes Grundstück bewirtschafte. Darüber hinaus anerkennt sie die Übernahme und Fortführung einer bestehenden Mitgliedschaft und verzichtet damit auf allfällige Vorteile aus der Liquidation einer alten[35] und der Begründung einer neuen[36], indem sie den Betriebsübernehmer an die Stelle seines Vorgängers rücken und dessen Mitgliedschaftsstelle durch jenen ausfüllen lässt. Mit dieser Schlechterstellung der Genossenschaft muss ein juristisches Äquivalent korrespondieren, ein Gegenstück, das solche Einbusse aufzuwiegen vermag. Anders verlöre das Institut von Art. 850 OR jeden Sinn, wurde es doch eindeutig im Interesse und zugunsten der Genossenschaft in das Gesetz aufgenommen. Die Wissenschaft sieht denn auch in richtiger Abschätzung der Interessenlage in einer solchen Statutenvorschrift die Pflicht des Mitgliedes, dem Übernehmer des Betriebes die Mitgliedschaft zu überbinden, d. h. diesen zur Übernahme zu

[34] Genauso wie der Ablauf der angegebenen Zeitdauer bei den anderen vorgemerkten persönlichen Rechten.

[35] Anteilsverfall, Auslösungssumme.

[36] Liberierung von Pflichtanteilen, Reserveeinkauf.

bewegen[37]. Wie aber soll der Betriebsinhaber als Pächter auf seinen Nachfolger einwirken können, wickelt sich doch die Übernahme des fraglichen Betriebes durch diesen ausserhalb jeder Rechts- und Einflusssphäre des Vorgängers ab? Kann angesichts dieser Rechtslage an dessen Überbindungspflicht festgehalten werden? Die Frage lässt sich deshalb bejahen, weil in der Erfüllung dieser Pflicht zugleich die Chance des abgehenden Pächters liegt, sich dadurch anderer unliebsamer Folgen entschlagen zu können. Denn gelingt es ihm nicht, seine mit der Bewirtschaftung eines bestimmten Grundstückes verknüpfte Mitgliedschaft zu übertragen, wird er – inskünftig nicht mehr Betriebsinhaber – unweigerlich austreten müssen oder aber ausgeschlossen werden; beides Schritte, die ihn angesichts allfälliger Ausscheidensfolgen wie Anteilsverfall und Auslösungssumme hart treffen können.

Unumstösslich bleibt jedenfalls, dass der neue Pächter auf Grund der fraglichen Statutenbestimmung mit der Übernahme des Betriebes nicht automatisch Genossenschafter wird, wenn das nicht seinem Willen entspricht. Der Misserfolg des abgehenden Pächters in der Werbung seines Nachfolgers darf aber nicht zur Ausfällung einer separaten Konventionalstrafe führen[38]. Die Genossenschaft wird sich zufriedengeben müssen mit dem «Ertrag» aus allfälligen Ausscheidensfolgen zu Lasten des abgehenden Pächters[39], welche ihr eine angemessene Schadloshaltung ermöglichen. Darüber hinaus hat sie sich eben Rechenschaft zu geben, dass die genossenschaftliche Austrittsfreiheit nun einmal existiert, weshalb jeder Personenverbindung dieser Art eine gewisse Unstabilität latent innewohnt.

c) Verknüpfung der Mitgliedschaft mit Eigentum an Grundstücken einerseits und zugleich mit der Bewirtschaftung von solchen andererseits

Ein echtes Problem wird dadurch geschaffen, wenn ein und dieselben Statuten die Mitgliedschaft mit Grundeigentum einerseits, zugleich aber auch mit der Bewirtschaftung von Grundstücken andererseits derart verknüpfen, dass ein Mitgliedschaftsübergang sowohl für jeden Grundstückserwerber als auch für jeden Betriebsübernehmer festgelegt wird. Schwierigkeiten bereitet hier durchwegs der Mitgliedschaftsübergang vom Grundeigentümer auf den Pächter[40]. Und zwar liegt sie in der Rechtsstellung des Grundeigentümers gegenüber der Genossenschaft, sobald die Mitgliedschaft einmal auf einen

[37] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 266. Im Widerspruch zu «Mitgliedschaftsübergang» und «-übernahme» spricht Gerwig allerdings vom «Beitritt» des Nachfolgers. ab-Yberg Alois, S. 77 Anm. 11.

[38] Vgl. die bezügliche Fragestellung von Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 267/268.

[39] Anteilsverfall, Auslösungssumme.

[40] Der Einfachheit halber wird fortan nur noch vom «Pächter» gesprochen als dem Übernehmer des wirtschaftlichen Betriebes.

ersten Pächter übergegangen ist. Inwiefern ist jener bei «Pächterwechsel» bzw. «Wiederverpachtung» noch belangbar, wenn doch der Mitgliedschaftsübergang auf den ersten Pächter konsequenterweise sein Ausscheiden aus der Genossenschaft bewirken musste? Dazu zwei Beispiele aus Musterstatuten:

«Wer seinen Betrieb verkauft oder verpachtet, ist verpflichtet, seinem Nachfolger die Mitgliedschaft zu übertragen, sofern dieser Milch in den Verkehr bringt. Bei Pächterwechsel ist der Verpächter im gleichen Sinne verpflichtet, dem neuen Pächter die Mitgliedschaft zu überbinden. Im Unterlassungsfalle haftet das bisherige Mitglied für allen Schaden, der der Genossenschaft entstehen sollte[41].»

«Bei Verpachtung der Liegenschaft wie auch bei Wiederverpachtung geht die Mitgliedschaft auf den neuen Bewirtschafter über, sofern dieser Milch in den Verkehr bringt. Im Pachtvertrag ist eine entsprechende Verpflichtung aufzunehmen. Im Unterlassungsfalle haftet der Eigentümer der Genossenschaft für entstehenden Schaden[42].»

Wird in diesen beiden Fällen eine Art Doppelmitgliedschaft angenommen oder aber bei Pachtaufgabe ein automatisches Zurückspringen der Mitgliedschaft auf den Grundeigentümer unterstellt? Beide Konstruktionen entbehren der gesetzeskonformen, rechtlichen Grundlage. *Denn es ist darauf zu bestehen, dass der Grundeigentümer endgültig aus der Genossenschaft ausgeschieden ist, sobald die Mitgliedschaft einmal auf einen Pächter übergegangen ist.* Dadurch wird aber insbesondere jede Vormerkung im Sinne von Art. 850 OR wirkungslos und hinfällig[43]. Offenbar in Erkenntnis dieser Schwierigkeit wird bisweilen etwa statuiert:

«Verpachtet ein Genossenschafter seine Liegenschaft, so bleibt der Verpächter Genossenschafter und haftet der Genossenschaft für die Einhaltung aller in den vorliegenden Statuten niedergelegten Pflichten durch die Pächter[44].»

Diese Lösung birgt den Vorteil, dass der Grundeigentümer eine Vormerkung nicht löschen lassen kann, solange er nicht selber ausgetreten ist. Sie setzt allerdings voraus, dass ein Genossenschafter gewisse Pflichten durch einen Dritten erfüllen darf. Hier muss die allgemeine Regel von Art. 68 OR massgebend sein, wonach der Schuldner nur dann verpflichtet ist, persönlich zu erfüllen, wenn es bei der Leistung auf seine Persönlichkeit ankommt. Für die Milchlieferung trifft letzteres sicher nicht zu; bezüglich anderer Pflichten ist eine Abklärung von Fall zu Fall notwendig. Der hier angeschnittene Problem-

[41] Verband nordwestschweizerischer Milch- und Käsereigenossenschaften, Basel, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, § 6.

[42] Verband aargauischer Käserei- und Milchgenossenschaften, Suhr, Musterstatuten vom 12.4.1966, Art. 6 Abs. 2.

[43] So auch Bieri Friedrich, S. 45. Siehe auch oben, S. 65–67.

[44] Milchverband St. Gallen-Appenzell, St. Gallen, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, Art. 12 Abs. 1.

kreis beschlägt die Rechtsfigur des «Gastbauern», welche EUGEN HUBER gesetzlich institutionalisieren wollte[45]. Teils waren es dann rechtliche Bedenken, die ihre Aufnahme in der vorgeschlagenen Konzeption ins Gesetz verhinderten, teils die Sorge um ein geschlossenes, möglichst für alle Genossenschaften passendes Recht[46]. Solange man sich an die Schranken von Art. 68 OR hält und darauf bedacht ist, dass es nicht zu einer eigentlichen Aushöhlung der Mitgliedschaft des Grundeigentümers kommt, ist dem «Gastbauern», «Freilieferanten», «Gastlieferanten», «producteur occasionnel» oder wie immer er heissen mag, vom Gesetz her Raum geboten. Niemals aber darf er als Mitglied betrachtet werden. Er ist lediglich – eventuell mit beschränkten Kompetenzen ausgestattete – Hilfsperson des Grundeigentümers in Erfüllung bestimmter Mitgliedschaftspflichten desselben.

Allein, mit der Bewältigung dieses Problems ist den Bedürfnissen aller jener Genossenschaften noch nicht Genüge getan, die – eventuell von Anfang an – sowohl Grundeigentümer wie auch Pächter als vollwertige Mitglieder anerkennen und einander gleichstellen, sich dann aber damit begnügen, die Mitgliedschaft zu Lasten der Grundeigentümer-Mitglieder grundbuchlich vormerken zu lassen, ohne eine entsprechende Anordnung für die Pächter-Mitglieder zu treffen[47]. Konsequenterweise und der Vollständigkeit halber sollten hier die Statuten auch eine Bestimmung des Inhaltes aufweisen, der Pächter habe bei Pachtaufgabe die Mitgliedschaft seinem Nachfolger in der Bewirtschaftung des fraglichen Grundstückes zu übertragen. Wie bereits aufgezeigt[48], ist die Statuierung einer solchen Pflicht durchaus angängig und möglich. Schliesslich kann in dieser Pflicht auch eine Chance des Pächters liegen, nämlich jene, für seine Person namhafte Ausscheidensfolgen wie Anteilsverfall und Auslösungssumme zu verhüten. Nicht zuletzt angesichts dieses Vorteils wird das Gebot der Gleichbehandlung eine solche Bestimmung geradezu erheischen.

d) Beurteilung des Institutes von Art. 850 OR hinsichtlich seiner Akquisitionswirkung

Wurde das Institut von Art. 850 OR eindeutig im Interesse der Genossenschaft geschaffen und sollten dieser dadurch solche Werte erhalten und gesi-

[45] Art. 813 E I:
«Personen, die zur gewerblichen Tätigkeit der Genossenschaft durch regelmässige Lieferungen oder durch Mitarbeit oder Beiträge in eine dauernde Verbindung treten, können durch die Statuten oder durch Genossenschaftsbeschluss in ein Verhältnis gebracht werden, das sie den Mitgliedern hinsichtlich ihrer Beteiligung in einem gewissen Umfang gleichstellt.»
Vgl. dazu auch Bericht I, S. 155.

[46] Bericht II, S. 107.

[47] Zentralschweizerischer Milchverband, Luzern, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, Art. 6 und 7.

[48] Siehe oben, S. 67/68.

chert werden, die aus der Bewirtschaftung bestimmter Grundstücke resultieren - insbesondere Milchlieferungen -, muss der Mitgliedschaftserwerb durch den neuen Grundeigentümer oder Betriebsinhaber als *Schuldübernahme* im Sinne von Art. 175ff OR qualifiziert werden. Der Übernahmevertrag nach Art. 176 Abs. 1 OR zwischen dem Nachfolgemitglied und der Genossenschaft weist allerdings die Besonderheit vertauschter Rollen auf: in der Statutenbestimmung, bei Grundstückserwerb oder Betriebsübernahme gehe die Mitgliedschaft ohne weiteres auf den Erwerber oder Übernehmer über, ist der zum voraus gestellte, an jeden beliebigen Kontrahenten gerichtete Antrag der Genossenschaft zu erblicken, sich mit ihm als Schuldübernehmer abfinden zu wollen, wenn er nur Grundeigentümer oder Bewirtschafter sei. Angesichts dieser Rechtslage muss aber ein Antrag des Schuldübernehmers im Sinne von Art. 176 Abs. 2 OR als sinnlos dahinfallen; an seine Stelle hat vielmehr dessen Annahmeerklärung nach Art. 176 Abs. 3 OR zu treten, die ausdrücklich erfolgen oder aus den Umständen hervorgehen kann[49]. In diesem System bleibt aber für ein Gestaltungsrecht, wie es STUDER[50] und AB-YBERG[51] der Genossenschaft zugestehen wollen, kein Raum. Ein solches geniesst sie einzig noch im Rahmen ihrer Ausschliessungsbefugnis.

Was die Stellung des abgehenden Mitgliedes betrifft, hat man gesehen, dass diesem eine Statutenbestimmung im Sinne von Art. 850 OR grundsätzlich die Pflicht auferlegt, beim Eintritt bestimmter Sachverhalte die Mitgliedschaft zu übertragen[52], dass darin aber auch dessen Chance liegt, sich unliebsamer Ausscheidensfolgen wie Anteilsverfall und Auslösungssumme zu entschlagen. Angesichts dieser Rechts- und Interessenlage muss dem Institut von Art. 850 OR Akquisitionswirkung zwecks Erhaltung des Mitgliederbestandes zugebilligt werden.

2. Die Vererblicherklärung der Mitgliedschaft

Grundsätzlich erlischt die Mitgliedschaft mit dem Tode des Genossenschafters. Gemäss Art. 847 Abs. 2 OR dürfen die Statuten jedoch bestimmen, dass die Erben ohne weiteres Mitglied der Genossenschaft sind[53]. Diese Bestimmung

[49] Bei Veräusserung von Grundstücken mit grundbuchlich vorgemerkter Mitgliedschaft fällt selbst diese dahin.

[50] STUDER WALTER, S. 281/282.

[51] AB-YBERG ALOIS, S. 77.

[52] Die separate Erfüllung dieser Pflicht erübrigt sich, wenn Grundstücke mit grundbuchlich vorgemerkter Mitgliedschaft veräussert werden.

[53] Gegenstand dieser Betrachtung ist ausschliesslich die Rechtslage des Tatbestandes von Art. 847 Abs. 2 OR, welcher im Interesse der Genossenschaft eingeführt wurde. Nur er beinhaltet eine Akquisitionswirkung zugunsten der Genossenschaft, was hier allein interessiert. Im Interesse der Erben hingegen steht Art. 847 Abs. 3 OR.

verrät unmissverständlich die Einsicht des Gesetzgebers anlässlich der Revision, dass sich eine durchaus echte Genossenschaft in gewissen Fällen viel mehr auf bestimmte, von den Mitgliedern vertretene Sachverhalte konzentrieren mag als auf die Person der Genossenschafter selber [54]. Eingang in die Statuten dürfte sie dort am ehesten finden, wo die Genossenschafter auf Grund relativ beständiger Gegebenheiten ihres Lebensbereiches zur fraglichen Mitgliedschaft veranlasst werden, wo überdies aber ohne Zwang angenommen werden kann, dass dieselben Gegebenheiten dereinst mit grosser Wahrscheinlichkeit auch bei den Erben der Genossenschafter oder bei einzelnen von ihnen vorliegen werden; so etwa der Betrieb eines bestimmten Gewerbes.

Gutzwiller ist zuzustimmen, dass eine solche Statutenbestimmung Wirkungen nur gegenüber gesetzlichen oder eingesetzten Erben zu entfalten vermag [55]. Dabei ist nicht zu übersehen, dass jeder Erblasser zumindest gesetzliche Erben hinterlässt, und wäre es bloss das Gemeinwesen nach Art. 466 ZGB. Dieses Institut knüpft an die beiden Tatsachen des Erbganges und der Erbenqualität an, weshalb eine Ausdehnung seiner *Anwendbarkeit auf den Vermächtnisnehmer als gesetzwidrig abzulehnen* ist [56]. Der aus einem Vermächtnis Begünstigte kann eventuell über eine statutarische Bestimmung im Sinne von Art. 850 OR als Mitglied für die Genossenschaft gewonnen werden. Ferner ist nicht zu übersehen, dass die Genossenschaft mit einer Bestimmung im Sinne von Art. 847 Abs. 2 OR zu erkennen gibt, dass es ihr nicht so sehr um die Persönlichkeit des Genossenschafters geht als vielmehr um die Person in einer bestimmten wirtschaftlichen Funktion, weshalb sie auf Grund einer solchen Bestimmung ihren Einfluss auf die Zusammensetzung des Mitgliederkreises weitgehend einbüsst. Auf diesem Hintergrund betrachtet, muss den kraft Erbganges zunächst Genossenschafter gewordenen Erben das Recht zugestanden werden, die ererbte Mitgliedschaft auf den Vermächtnisnehmer zu übertragen. Die Ausrichtung des Vermächtnisses an den Begünstigten hat dann mit der Auflage zu erfolgen, dass dieser diese Mitgliedschaft übernehme. Im Einzelfall ist zu prüfen, ob es allenfalls rechtsmissbräuchlich wäre, wenn sich die Genossenschaft einer solchen Auswechslung der Person des Mitgliedes verschliessen wollte.

Eine Statutenbestimmung im Sinne von Art. 847 Abs. 2 OR hat zur Folge, dass der Erbe kraft Erbganges, selbst gegen seinen Willen, automatisch in jene

[54] Bericht II, S. 106: «Eine solche Bestimmung wird überall da geboten sein, wo die Mitgliedschaft weniger mit der Person als mit dem Eigentum oder der Bewirtschaftung eines Grundstückes verbunden ist.»

[55] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 8 zu Art. 847 OR.

[56] Anders Frey Jakob-Gustav, Mitgliedschaft, S. 245, der glaubt, «dass eine Vererbung der Mitgliedschaft auf den Vermächtnisnehmer nicht ausgeschlossen sein kann.» Ebenso Forstmoser Peter, Kommentar, N. 28 zu Art. 847 OR, der den Begriff «Erben» in Art. 847 OR nicht technisch verstanden haben will und auch den Vermächtnisnehmer miteinbeziehen will.

Mitgliedschaftsstelle tritt, die der Erblasser innegehabt hatte; es bedarf keines weiteren Hinzutuns von seiner Seite [57]. Die Rechtslage ist demnach identisch mit jener des Erwerbes von Grundstücken mit grundbuchlich vorgemerkter Mitgliedschaft. Wie dort handelt es sich auch hier um eine Fortsetzung der vom Vorgänger innegehabten Mitgliedschaft [58], weshalb Art. 851 OR eigentlich etwas Selbstverständliches ausdrückt, wenn er den Erben den gleichen Austrittsbedingungen unterwirft wie das frühere Mitglied. Beachtung verdient, dass eine Statutenbestimmung im Sinne von Art. 847 Abs. 2 OR die Austrittsfreiheit der Mitglieder in keiner Weise einzuengen vermag. Abhilfe schafft sie lediglich gegen die Folgen der grundsätzlichen Regel, dass mit dem Tode die Mitgliedschaft erlischt, worin eine gewisse Akquisitionswirkung dieses Institutes erblickt werden kann.

3. Die Verknüpfung der Mitgliedschaft mit einem Vertrag

Akquisitionswirkung eignet schliesslich auch einer solchen Statutenbestimmung, die gestützt auf Art. 849 Abs. 3 OR die Mitgliedschaft mit einem bestehenden Vertrage verknüpft und festlegt, dass der Rechtsnachfolger, der diesen Vertrag übernimmt, ohne weiteres in die Genossenschafterstellung seines Vorgängers tritt [59]. Es scheint, dass der Gesetzgeber mit diesem Institut insbesondere den Bedürfnissen der Versicherungsgenossenschaften gerecht werden wollte [60], was wohl seine praktische Bedeutung, nicht aber seine Allgemeingültigkeit zu schmälern vermag.

Hier sei lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Dritte insofern nicht wider seinen Willen Genossenschafter wird, als er die Nachfolge in das Vertragsverhältnis gewollt haben muss; Ausnahmen davon bestehen allerdings, soweit sich dieses Rechtsverhältnis von Gesetzes wegen auf ihn überträgt [61]. Für die rechtsgeschäftliche Nachfolge ist aber zu verlangen, dass das Grundverhältnis – der Vertrag – ausdrücklich auf die Verknüpfung mit der fraglichen

[57] Detmers Kurt, S. 74: «... il en devient membre, ensuite du décès de son auteur, sans que soit nécessaire aucun acte juridique de sa part.»

[58] Vgl. Gutknecht Hermann, S. 68.

[59] Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Zürich, Statuten vom 1.10.1973, Art. 4 Abs. 1:

«Mitglieder sind die Versicherungsnehmer der von der Rentenanstalt in der Schweiz abgeschlossenen Versicherungen und deren Rechtsnachfolger, soweit der Versicherungsvertrag nichts anderes bestimmt.»

[60] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 9 zu Art. 849 OR.

[61] – Kraft Erbrechts gemäss Art. 560 ZGB,
– kraft Versicherungsvertragsrechts
gemäss Art. 54 VVG (bei Handänderung der versicherten Sache in der Schadensversicherung),
- gemäss Art. 81 VVG (bei Ausübung des Eintrittsrechtes des Ehegatten und der Nachkommen in der Lebensversicherung).

genossenschaftlichen Mitgliedschaft hinweise, damit sich diese automatisch auf den Rechtsnachfolger überträgt.

§ 7 Die gesetzlichen Behelfe zur Eliminierung oder Verminderung vermögensschädigender Folgen des Ausscheidens von Mitgliedern aus der Genossenschaft

Die Untersuchungen des vorangehenden Paragraphen brachten Klarheit, dass der Genossenschaft keine wirksamen Mittel zu Gebote stehen, einen einmal erreichten Mitgliederbestand auf direktem Wege auf unabsehbare Zeit zu stabilisieren. Darüber hinaus wurde ersichtlich, dass sämtliche Institutionen, die in Vermeidung des Unterganges und der Liquidation bestehender Mitgliedschaften auf deren Erhaltung mittels Übertragung abzielen, angesichts der *unumgänglichen Austrittsfreiheit* der bisherigen und nachfolgenden Genossenschafter besagtem Stabilisierungsinteresse ebenfalls nicht zu genügen vermögen. Von diesem nachteiligen Fazit ausgehend, ist nun nach jenen Möglichkeiten zu fragen, die das Gesetz der Genossenschaft einräumt, damit sie wenigstens die negativen Auswirkungen auf ihr Vermögen und ihre Wirtschaft parieren könne, wenn sie gegenüber einseitig gewillkürtem Mitgliederschwund schon machtlos ist.

I. Die Unterdrückung eines Abfindungsanspruches

Dem ausscheidenden Genossenschafter steht gemäss Art. 864 OR nur dann ein Anspruch zu, aus dem Genossenschaftsvermögen abgefunden zu werden, wenn ihm die Statuten ein solches Recht einräumen. Will die Genossenschaft die schädlichen Folgen von Abfindungszahlungen vermeiden, hat sie demnach nichts anderes zu tun, als sich hierüber in den Statuten auszuschweigen. Denn laut Art. 865 OR besteht die gesetzliche Vermutung zu ihren Gunsten, dass ausscheidende Genossenschafter nicht abzufinden seien. Dieselbe Rechtslage bestand gemäss Art. 687 aOR bereits unter dem früheren Recht. Ob der Ausschluss von Abfindungsansprüchen in der Praxis seit jeher Verbreitung fand, ist nicht auszumachen. Tatsache ist jedenfalls, dass in der Pflicht zu Abfindungszahlungen mitunter eine der hauptsächlichsten Schadenursachen für die Genossenschaft infolge des Ausscheidens von Mitgliedern erblickt wurde [1].

[1] Jaussi Hans, S. 37; Hafter Rudolf Peter, S. 70.

Die Genossenschaft hat es also in der Hand, Ausscheidende hinsichtlich des genossenschaftlichen Vermögens völlig leer ausgehen zu lassen, ungeachtet der Frage, wie dieses Vermögen geschaffen wurde, welchen Anteil das einzelne Mitglied an dessen Bildung hatte. Solche Rechtsausgestaltung findet ihren Rückhalt letztlich im genossenschaftlichen Gedanken, der eine Vorrangstellung des gemeinschaftlichen Werkes vor den Individualinteressen rechtfertigt und jenes zumindest bezüglich Vermögen – von Veränderungen im Mitgliederbestand unabhängig machen will [2]. Ausschliesslich Frage der Opportunität bleibt es, wieweit die Genossenschaft gehen kann, damit nicht beitrittsfreudige Mitglieder durch unverhältnismässige Bevorzugung der körperschaftlichen Interessen von diesem Schritt schliesslich doch noch abgehalten werden.

Unmittelbar anschliessend wird aufgezeigt werden, dass die Genossenschaft selbst dort, wo sie zu Abfindungszahlungen verpflichtet ist, den daherigen vermögensmässigen Nachteil nicht unter dem Titel einer allfälligen Auslösungssumme geltend machen kann.

II. Die Stundung allfälliger Abfindungsverpflichtungen

Der Revisionsgesetzgeber blieb beim genannten Schutz präsumtiver Nichtabfindung nicht stehen. In Neuerung gegenüber dem früheren Recht ermächtigte er die Genossenschaft, mit der Ausrichtung allfälliger Abfindungszahlungen um höchstens drei Jahre ab deren Fälligkeit zuzuwarten. Die Genossenschaft kann sich dieses Recht in verschiedener Weise zunutze machen. Gemäss Art. 864 Abs. 2 OR darf sie sich solche Stundung statutarisch einräumen lassen, welcher Vorteil ihr dann absolut und ohne jede weitere Voraussetzung zukommt. Ohne solche statutarische Ermächtigung steht ihr dasselbe Recht gemäss Art. 864 Abs. 3 OR kraft Gesetzes zu, diesfalls allerdings unter der Voraussetzung, dass ihr durch die Erfüllung von Abfindungsverbindlichkeiten im Zeitpunkt des Ausscheidens des berechtigten Genossenschafters ein erheblicher Schaden erwachsen oder ihr Fortbestand gefährdet würde.

Bezüglich der Auslösungssumme ist die Bestimmung von Art. 864 Abs. 3 OR von grösstem Interesse. Einmal fällt auf, dass der Genossenschaft das von Gesetzes wegen bestehende, zwingende [3] Stundungsrecht unter den genau gleichen Voraussetzungen erwächst, an welche ein statutarisch vereinbarter Anspruch auf Erhebung einer Auslösungssumme geknüpft ist. Ferner bestimmt das Gesetz ausdrücklich, eben dieser Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme werde von diesem gesetzlichen Stundungsrecht nicht berührt. Soll

[2] Tanner Walter, S. 40; Schaedler Mario, S. 93.
[3] Botschaft, S. 293.

damit gesagt sein, jener in der Abfindungspflicht begründete Nachteil dürfe trotz Ausschöpfung dieser Stundungsermächtigung für die Bemessung einer allfälligen Auslösungssumme erneut ins Gewicht fallen? Eine solche Auslegung ist abzulehnen. Einmal hat jede Genossenschaft, welche Abfindungen ausrichtet, die daherigen vermögensmässigen Nachteile selber zu verantworten, weil sie sich eine solche Pflicht willentlich und entgegen der gesetzlichen Vermutung grundsätzlicher Nichtabfindung aufbürdet. Ferner wäre nicht einzusehen, weshalb der Gesetzgeber angesichts gewillkürter Ausscheidensfolgen einen zwingenden Rechtsschutz hätte schaffen müssen, wenn diese nachteiligen Folgen dadurch nicht endgültig abgewehrt sein sollten, dies vielmehr durch ein weiteres statutarisches Instrument, die Auslösungssumme, zu geschehen hätte. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass sich die Bestimmungen von Art. 864 Abs. 2 und 3 OR einzig und allein mit der Fälligkeit des Abfindungsanspruches befassen. Sie beschlagen demnach die Frage, in welchem Zeitpunkt eine spezifische Forderung, die nur im Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Genossenschafters entsteht, durchgesetzt werden kann. Dabei handelt es sich bei dieser Forderung um die einzige, die dem Genossenschafter auf Grund der Liquidation seiner Mitgliedschaft allenfalls zukommt. Diesem Anspruch des Genossenschafters steht aber als wichtigste mögliche Gegenforderung der Körperschaft im Rahmen desselben Liquidationsvorganges ihr allfälliger Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme gegenüber. Diese Sachlage rechtfertigt den Schluss, der Gesetzgeber habe mit dem Hinweis auf die Auslösungssumme in Art. 864 Abs. 3 OR nichts anderes sagen wollen als das, eine auf Grund dieser Bestimmung veränderte Fälligkeit des Abfindungsanspruches gelte nicht auch für den allfälligen Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme. Gysin, der sich kritisch mit den Revisionsvorschlägen auseinandersetzte, bekämpfte denn auch an Art. 852 Abs. 3 E III lediglich die sich daraus ergebende Unverrechenbarkeit von Abfindungszahlung und Auslösungssumme [4], welcher Problematik der Ständerat aber keine praktische Bedeutung beimessen wollte [5]. Hingegen ist aus den Worten seines Berichterstatters zu schliessen, dass in den Augen des Gesetzgebers der Nachteil aus Abfindungspflichten mit der Stundungsermächtigung hinlänglich aufgewogen sein sollte [6]. Aus diesen Überlegungen und Umständen ist zu folgern, dass der Hinweis auf die Auslösungssumme in Art. 864 Abs. 3 OR einzig deren Fälligkeit – genauer: die unveränderte Fälligkeit der Auslösungssumme beinhaltet und nicht etwa

[4] Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 381.

[5] Sten Bull StR *1932* 214/215.

[6] Sten Bull StR *1932* 337: «Das Gesetz sorgt anderseits in Abs. 3 dafür, dass durch die Rückzahlungspflicht von Anteilscheinen oder Vermögensportionen die Genossenschaft nicht in Schwierigkeiten gelangen kann, indem ein Zahlungsaufschub bis auf 3 Jahre möglich ist.»

bedeutet, der vermögensmässige Nachteil, der sich aus Abfindungspflichten ergeben könne, dürfe über deren Stundung hinaus der Bemessung einer allfälligen Auslösungssumme zugrunde gelegt werden.

III. Die Verpflichtung zur Restliberierung übernommener Anteile

An anderer Stelle dieser Arbeit ist man zum Schluss gelangt, dass den Genossenschafter nicht in genereller Weise die Pflicht trifft, noch nicht einbezahlte Beträge auf übernommene Anteile spätestens anlässlich seines Ausscheidens liberieren zu müssen. Daraus ergab sich die Folgerung, dass ein Mitgliederabgang in bestimmten Fällen die Genossenschaft um die Chance bringen mag, ebendiese Restbeträge einfordern zu können [7]. Der Genossenschaft steht aber nichts im Wege, diesem Nachteil dadurch zuvorzukommen, dass sie in den Statuten in genereller Weise für den Fall der Beendigung der Mitgliedschaft die Fälligkeit nicht liberierter Restbeträge auf Anteile vorsieht. Denn das Gesetz knüpft die Geltendmachung der Anteilszahlungen durchaus nicht an irgendwelchen Nachweis eines Geldbedarfes der Genossenschaft, weshalb diese grundsätzlich berechtigt ist, den gesamten Nennwert anlässlich der Übernahme des Anteils durch den Genossenschafter ohne weiteres und sofort einzutreiben. Hat sie aber schon diese Befugnis, muss es ihr auch unbenommen bleiben, diesen Anspruch statutarisch spätestens für den Zeitpunkt des Ausscheidens als verfallen zu erklären; dies um so mehr in Anbetracht der Tatsache, als sie den Genossenschafter während der Dauer seiner Mitgliedschaft durch die Festsetzung sukzessiver Fälligkeiten geschont hat. Trifft sie eine solche Vorkehr generell, so dass jeder Ausscheidende zu jeder Zeit davon betroffen wird, ist in solcher Anordnung auch keine Verletzung des Gebotes der Gleichbehandlung zu erblicken. Hat die Genossenschaft aber die Möglichkeit, den Verlust nicht liberierter Restbeträge auf Anteile rechtmässig zu verhindern, muss es ihr im Unterlassungsfalle versagt bleiben, einen vermögensmässigen Nachteil dieser Art der Bemessung einer allfälligen Auslösungssumme zugrunde zu legen.

IV. Die Erstreckung der zeitlichen Wirkung von Kreditinstrumenten

Unter den Ausscheidenswirkungen auf die Kreditbasis der Genossenschaft wurde festgestellt, dass Genossenschaften mit persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht der Mitglieder infolge deren Abganges an Kreditwürdigkeit einbüssen [8]. Auseinandergehalten wurden dabei die Situation des Genossen-

[7] Siehe oben, S. 50/51.
[8] Siehe oben, S. 53ff.

schafters hinsichtlich bereits begründeter Verbindlichkeiten und seine Belangbarkeit für solche, die erst nach seinem Ausscheiden entstehen.

1. Bezüglich Verbindlichkeiten, die vor Mitgliedschaftsende begründet werden

Gemäss Art. 876 OR hält die Belangbarkeit des persönlich haftenden oder nachschusspflichtigen Genossenschafters für Verbindlichkeiten, die vor seinem Ausscheiden [9] begründet worden sind, an und wird aktuell, wenn über die Genossenschaft der Konkurs eröffnet wird. Nach Gesetz dauert dieser Zustand mindestens ein Jahr; den Statuten ist es aber vorbehalten, diese Frist zu erstrecken. Demnach hat es die Genossenschaft in der Hand, sich die im persönlichen Vermögen der Mitglieder ruhende Kreditbasis über das Mitgliedschaftsende der einzelnen Genossenschafter hinaus dienstbar zu machen. Damit ist allen jenen Genossenschaften ein taugliches Instrument zur Verfügung gestellt, welche auf die Begründung langfristiger Verbindlichkeiten angewiesen sind und solche Geschäfte überhaupt nur oder vornehmlich dank der persönlichen Haftung ihrer Mitglieder abschliessen können. Tauglich ist dieses Instrument insofern, als der Gläubiger die latente Instabilität des Mitgliederbestandes und damit auch der Kreditbasis, die sich aus der unumgänglichen Austrittsfreiheit jedes Genossenschafters ergibt, nicht unbedingt zu fürchten braucht. Dann nämlich nicht, wenn die Dauer der Belangbarkeit der Genossenschafter nach deren Ausscheiden der Dauer der einzugehenden Verbindlichkeiten entspricht. Konkret heisst das, die Genossenschaft habe die Belangbarkeit des Mitgliedes gemäss Art. 876 OR auf zehn Jahre festzusetzen, wenn sie darauf angewiesen ist, Kredite für ebendiese Zeitspanne zugestanden zu erhalten, und wenn solche insbesondere hinsichtlich bestehender Mitgliederhaftung gewährt werden. Zugestandenermassen liegt in solch massiver zeitlicher Erstreckung der die Mitgliedschaft überdauernden Haftung für den einzelnen Genossenschafter das Damoklesschwert der Ungewissheit, ob nicht die Genossenschaft durch unvorsichtige Geschäftsführung den Konkurs herbeiführen und damit die ihn treffende Belangbarkeit auslösen könnte. Dagegen lässt sich aber einwenden, dass dieselbe Gefahr grundsätzlich auch schon während jener Jahresfrist besteht, während welcher die Haftung des Ausgeschiedenen von Gesetzes wegen, zwingend, andauert. Jede Genossenschaft wird in sorgfältiger Abwägung der Interessen die richtige Befristung selber finden müssen. Ist sie auf langfristigen Kredit und zugleich auf die im persönlichen Vermögen ihrer Mitglieder liegende Sicherheit angewiesen, wird sie nicht darum herumkommen, die Frist für die fernere Belangbarkeit Ausgeschiedener der Dauer allfälliger anzustrebender Kreditgeschäfte anzugleichen. Diese Möglichkeit steht ihr jedenfalls grundsätzlich offen.

[9] Bezüglich des massgebenden Zeitpunktes siehe oben, S. 54.

2. Bezüglich jüngerer Verbindlichkeiten

a) Hinsichtlich der persönlichen Haftung

Für Verbindlichkeiten, welche die Genossenschaft nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens eines Genossenschafters eingeht, ist dieser auf Grund seiner persönlichen Haftung nach Gesetz nicht mehr belangbar. Es stellt sich die Frage, ob die Statuten die Mitgliederhaftung auf nach dem Ausscheidenszeitpunkt begründete Verbindlichkeiten erstrecken dürfen.

Auszugehen ist einmal davon, dass die genossenschaftsrechtliche Haftung von Einzelpersonen für Verbindlichkeiten der Verbandsperson vom Gesetzgeber als Mitgliederhaftung konzipiert worden ist; im Rahmen dieses Institutes kann nur ein Mitglied verpflichtet werden. Von entscheidender Bedeutung ist aber, dass dem Haftungsversprechen des Mitgliedes eine Wirkung gegenüber dem eigentlich Interessierten, dem Gläubiger, nur auf Grund des Gesetzes zukommt. Hätte nämlich das Genossenschaftsrecht die – wenn auch dispositive – Mitgliederhaftung nicht ausdrücklich formuliert, erwüchse aus der rein internen Absprache zwischen Schuldnerin (Genossenschaft) und letztlich Haftendem (Mitglied) dem Gläubiger kein direktes Zugriffsrecht auf das Vermögen des letzteren. Ein solches entsteht nur dank der gesetzlichen Ordnung, die einer entsprechenden statutarischen Bestimmung solche Wirkung verleiht. Der Gesetzgeber hat sich aber nicht mit der Aufstellung des Grundsatzes begnügt. Vielmehr hat er gleichzeitig festgelegt, in welchem Ausmass das Zugriffsrecht des Gläubigers bestehen kann, auf welche Grundlagen es sich zu stützen hat. In dieser Hinsicht enthält Art. 876 OR den zeitlichen Endpunkt dieser Grundlage, indem dort zum Ausdruck gelangt, dass das Mitglied nur für solche Verbindlichkeiten der Genossenschaft einzustehen hat, welche diese bis zu dessen Ausscheiden begründet. Ein Vorbehalt zugunsten der Statuten, diese Befristung abändern zu dürfen, fehlt. Damit steht aber fest, dass das Gesetz allen nach dem Mitgliedschaftsende begründeten Verbindlichkeiten die Eigenschaft absprechen wollte, Grundlage des Zugriffes der Gläubiger auf das Vermögen ausgeschiedener Mitglieder zu sein. Demnach ist jeder statutarischen Abrede, wonach die Genossenschafter auch für Verbindlichkeiten hafteten, die nach ihrem Ausscheiden begründet werden, die angestrebte Wirkung versagt; dies, weil eben das Gesetz den Gläubigern daraus kein Zugriffsrecht einräumt.

Ein statutarischer Verzicht der Genossenschafter, sich nach ihrem Ausscheiden nicht aus der beim Handelsregisteramt liegenden Liste streichen zu lassen, verfolgte letzten Endes denselben Zweck wie eine positive Haftungszusage für jüngere Verbindlichkeiten und müsste schon aus diesem Grunde als gesetzwidrig und deshalb ungültig betrachtet werden. Darüber hinaus wäre unzweifelhaft, dass ein solches Versprechen nicht auf unbestimmte Zeit abgegeben

werden könnte; es beinhaltete eine das Recht und die Sittlichkeit verletzende Beschränkung der persönlichen Freiheit des Promittenten nach Art. 27 Abs. 2 ZGB und müsste deshalb auch unter diesem Gesichtspunkt gemäss Art. 20 OR als nichtig dahinfallen. Eine zeitliche Befristung ihrerseits verstiesse gegen die Vorschrift von Art. 872 OR, weshalb ein solches Versprechen dasselbe Schicksal teilen würde wie ein unbefristetes.

Aus diesen Überlegungen ist zu schliessen, dass es der Genossenschaft versagt ist, eine Haftbarkeit ihrer Mitglieder auch für solche Verbindlichkeiten realisieren zu können, die sie nach deren Ausscheiden begründet.

b) Hinsichtlich der Nachschusspflicht

Soweit das Nachschussversprechen des Genossenschafters eine Einstandspflicht zugunsten der Gläubiger bewirkt und im Konkurs der Genossenschaft in persönliche Haftung umschlägt, müssen die für die persönliche Haftung der Genossenschafter angestellten Überlegungen und gezogenen Schlüsse analog gelten. Das bedeutet nun aber bezüglich Nachschusspflicht ebenfalls Unmöglichkeit, auf statutarischem Wege das persönliche Vermögen der Genossenschafter zugunsten der Gläubiger auch für solche Verbindlichkeiten verhaftet zu erklären, die die Genossenschaft nach deren Ausscheiden begründet.

§ 8 Die noch unbewältigten nachteiligen Ausscheidensfolgen

Wurden in § 5 dieser Arbeit sämtliche wirtschaftlichen Nachteile des Ausscheidens von Genossenschaftern aufgezeigt, fanden in § 7 alsdann die gesetzlichen Behelfe – ausser der Auslösungssumme – Darstellung, mit deren Hilfe bestimmten Schadenswirkungen infolge Mitgliederabganges beigekommen werden kann. Eine Gegenüberstellung beider Ergebnisse erlaubt es, hier die noch unbewältigten Nachteile des Ausscheidens von Mitgliedern zu inventarisieren. Der Reihe nach sind dies:

- unter dem Gesichtspunkt des *Vermögensbestandes der Genossenschaft*
  - Verlust von Nachschusspotential,
  - vermindertes Wachstum des Genossenschaftsvermögens;

  unter dem Gesichtspunkt der *Kreditbasis der Genossenschaft*
  - Beeinträchtigung des Genossenschaftsvermögens,
    Wegfall der persönlichen Haftung für Verbindlichkeiten, nach Ausscheiden begründet,
    Wegfall der Nachschusspflicht als Haftungsinstrument für Verbindlichkeiten, nach Ausscheiden begründet;

– unter dem Gesichtspunkt der *Wirtschaftlichkeit des genossenschaftlichen Betriebes*
  – Verschlechterung der Ertragslage,
  – Verringerung der Marktchancen.

Zusammengefasst und neu geordnet stellen sich diese Ausscheidenswirkungen wie folgt dar:

– Verschlechterung der Ertragslage,
– Verringerung der Marktchancen,
– Verlust von Nachschusspotential,
– Schwund von Haftungssubstrat.

Angefangen bei der letztgenannten, seien nun diese Ausscheidensfolgen der Reihe nach darauf hin untersucht, ob sie für die Schadensfestsetzung zwecks Bemessung einer Auslösungssumme in Frage kommen.

I. Der Schwund von Haftungssubstrat

Ein solcher steht hier nur noch hinsichtlich jener Verbindlichkeiten zur Diskussion, welche die Genossenschaft nach dem Zeitpunkt des Ausscheidens von Mitgliedern begründet. Was die älteren Verbindlichkeiten betrifft, sind Mittel und Weg bereits aufgezeigt worden, wie einem daherigen Nachteil zuvorgekommen werden kann [1]. Weil im Konkurs der Genossenschaft die Nachschusspflicht in persönliche Haftung umschlägt, müssen die folgenden Überlegungen in gleicher Weise gelten, handle es sich um persönlich haftende oder lediglich nachschusspflichtige Mitglieder, welche ausscheiden. – Der Abgang solcher Mitglieder wird nun für jene Genossenschaften nachteilig sein, welche zeitlebens, während der ganzen Dauer ihres Bestehens, auf eine gewisse Kreditbasis angewiesen sind. Das Ausscheiden einzelner Genossenschafter bedeutet hierin stets eine Schmälerung. Soll eine solche mit der Auslösungssumme wettgemacht werden dürfen?

Man hat gesehen, dass sich die gesetzlichen Institute der persönlichen Haftung und der Nachschusspflicht nicht dergestalt verwenden lassen, dass eine Belangbarkeit der Mitglieder auch für solche Verbindlichkeiten konstruiert werden könnte, welche die Genossenschaft nach deren Ausscheiden begründet [2]. Daraus ist zu folgern, Wirkung und Inhalt von persönlicher Haftung und Nachschusspflicht sei von Gesetzes wegen klar umgrenzt. Besagten Nachteil Schwund von Haftungssubstrat für künftige Geschäftstätigkeit - der Bemessung einer Auslösungssumme zugrunde legen wollen hiesse nun aber Inhalt und

[1] Siehe oben, S. 78.
[2] Siehe oben, S. 79/80.

Wirkung dieser beiden Institute über den Willen des Gesetzes hinaus ausdehnen und vermehren. Dafür kann aber die Auslösungssumme nicht geschaffen sein. Die Frage bejahen bedeutete, dem Ausscheidenden noch ein «finanzielles Sicherheitspolster» abtrotzen, zu dessen Lasten sich die Genossenschaft künftig gerieren könnte, wie sie wollte und ohne dass der «Haftende» auch nur den geringsten Einfluss hätte auf ihr Gebaren. Solche Anwendung der Auslösungssumme bedeutete Belangbarkeit eines Haftbaren, ohne dass ein Haftungsfall eingetreten ist, hiesse vorzeitige Vollstreckung eines Anspruches, dessen Grundlage nach Grundsatz und Umfang noch absolut in der Schwebe liegt, von der nicht einmal gesagt werden kann, ob sie je einmal eintreten wird. Hätte der Gesetzgeber mit der Auslösungssumme auch diesem Anliegen gerecht werden wollen, hätte er zumindest auch festlegen müssen, der unter diesem Titel geforderte Teil einer Auslösungssumme sei auf ein spezielles, den Gläubigern reserviertes Sperrkonto zu legen. Mangels einer solchen Bestimmung wäre nun aber jede Genossenschaft frei, diese Mittel zu vertun und sie ihrem eigentlichen Zweck zu entfremden.

Diese Überlegungen führen zum Schluss, mit der Auslösungssumme dürfe jener Nachteil nicht wettgemacht werden, der darin besteht, dass sich mit dem Ausscheiden persönlich haftender oder nachschusspflichtiger Mitglieder das Haftungssubstrat für künftige Verbindlichkeiten der Genossenschaft verringert. Ein Ergebnis, das letzten Endes auch der Billigkeit gerecht wird, dem Rechtsempfinden nämlich, dass Solidarität mit dem gemeinsamen Werk vom einzelnen Genossenschafter nur in jenen Grenzen gefordert werden soll, innerhalb welcher er als Mitglied am gemeinsamen Geschehen mehr oder weniger direkt teilhatte.

II. Der Verlust von Nachschusspotential

Eine grundsätzliche Nachschusspflicht der Mitglieder setzt die Genossenschaft in die Lage, ihren gestörten Finanzhaushalt auf internem Wege ins Gleichgewicht bringen zu können[3]. Ob diese Pflicht nun beschränkt oder unbeschränkt ausgestaltet ist, stets bedeutet das Ausscheiden von Genossenschaftern zugleich eine Schwächung dieses Sanierungspotentials. Wie beim Haftungssubstrat ist deshalb auch hier zu fragen, ob ein solcher Verlust für die Bemessung einer Auslösungssumme ins Gewicht fallen darf.

Wohl können gemäss Art. 871 Abs. 4 OR Nachschüsse jederzeit eingefordert werden, sie dürfen aber laut Abs. 1 derselben Bestimmung nur zur Deckung von Bilanzverlusten dienen. Bestehen nun in einer Genossenschaft weder Unterbi-

[3] Siehe oben, S. 26/27.

lanz noch Überschuldung, könnte der eigentliche Zweck dieser Zahlung gar nicht erfüllt werden und verstiesse deshalb eine Auslösungssumme, welche Nachschussgelder miteinbegreift, gegen das Gesetz. Ihrer Funktion entsprechend dürfen Nachschüsse erst dann eingefordert werden, «sobald Bilanzverluste eingetreten sind»[4], nicht schon dann beispielsweise, «wenn eine Ausdehnung des Geschäftsumfanges weitere Mittel erfordert»[5]. Einer Bilanz, welche keine Verluste aufweist, fehlt somit die bedingende Eigenschaft und Fähigkeit, Nachschüsse eingestellt zu erhalten. Weist sie aber Verluste auf, dann ist es nicht angängig, ihre Sanierung allein auf dem Buckel Ausscheidender zu realisieren. Dem Gebot der Gleichbehandlung entsprechend sind zur Rettung des angeschlagenen Haushaltes alle Verpflichteten heranzuziehen, und zwar alle nachschusspflichtigen Genossenschafter, welche noch im mitgliedschaftlichen Verhältnis stehen, sei diesem nun durch Kündigung, eventuell auch Ausschliessung bereits ein konkretes, in naher Zukunft liegendes zeitliches Ende gesetzt. Daraus ist zu schliessen, dass der Verlust von Nachschusspotential, welchen das Ausscheiden einzelner Genossenschafter grundsätzlich bedeutet, der Bemessung einer Auslösungssumme nicht zugrunde gelegt werden darf.

III. Die Verringerung der Marktchancen

Die Bezeichnung dieser Art von Schaden deutet bereits darauf hin, dass es sich hier um Genossenschaften handeln muss, deren Tätigkeit in das Feld des offenen Marktes hineinreicht. In erster Linie wird man an Bezugsgenossenschaften denken, die gerade darauf ausgerichtet sind, die Nachfrage einzelner zu sammeln und zu koordinieren, um alsdann mit gestärktem Rücken und ins Gewicht fallender Bezugskapazität auf dem Markt als Geschäftspartner aufzutreten, was zu günstigeren Bezugsbedingungen führen soll. In solchen Fällen ist nicht auszuschliessen, dass das Ausscheiden von Genossenschaftern zu einer Verschlechterung ebendieser Bedingungen führen kann, weil die gesamte, von der Genossenschaft repräsentierte Nachfrage fortan geringer ausfallen wird. – Denkbar ist, dass sich Absatzgenossenschaften in vergleichbarer Weise darum bemühen, möglichst viele Mitglieder als Lieferanten zu erfassen. Dann nämlich, wenn erst ein bestimmtes Volumen von Angebot sie befähigt, als Geschäftspartner auf dem Markt überhaupt aufzutreten; aber auch dann, wenn die Marktstellung der Genossenschaft mit wachsendem Angebot ihrerseits stets vorteilhafter wird. Dass auch in solchen Fällen das Ausscheiden von Mitgliedern der Genossenschaft einen Schaden bringen kann, ist nicht von der Hand zu weisen.

[4] Guhl/Merz/Kummer, S. 713; vgl. auch Gutzwiller Max, Kommentar, N. 11 zu Art. 871 OR.

[5] von Steiger F., Grundriss, S. 77.

Man geht wohl nicht fehl in der Annahme, dass für Bezugs- und Absatzgenossenschaften die Frage ihrer Marktposition im Vordergrund steht, dass sie ihr Gesicht in erster Linie dem Markt zukehren, dass das Motiv ihrer Gründung recht eigentlich in den allgemeinen Verhältnissen der Marktwirtschaft zu finden ist. Wenn sie die Genossenschafter noch in andern Belangen fördern, etwa durch Beratertätigkeit, geschieht dies wohl eher nebensächlich. – Für solche Genossenschaften mag also das Ausscheiden von Mitgliedern insofern nachteilig sein, als sie Abnehmer bzw. Lieferanten verlieren, folglich in ihrer Marktstellung geschwächt werden und deshalb Einbussen in den Geschäftsbedingungen hinnehmen müssen. Darf dieser Schaden unter dem Titel einer Auslösungssumme geltend gemacht werden?

Würde man solchen Genossenschaften unterschieben, sie verfolgten vorwiegend Kartellzwecke, könnte die Auferlegung einer Auslösungssumme gestützt auf Art. 13 Abs. 1 KG gar nicht in Frage kommen. Wie aber bietet sich die Rechtslage dar bei restriktiver Auslegung ebendieser Bestimmung, so dass sie nicht zur Anwendung gelangt?

Dieser Schaden – Einbusse in den Geschäftsbedingungen infolge verminderter Angebots- oder Bezugskapazität – darf für die Bemessung einer Auslösungssumme nicht ins Gewicht fallen. Denn die Genossenschaft hat keinen Anspruch darauf, dass eine Mindestzahl von Mitgliedern helfe, ihre Marktposition zu stützen, und sie befähige, einen bestimmten Markteinfluss auszuüben. Gerade darin läge ein vom Kartellgesetz zu Recht verpönter interner Zwang. Wenn sich einzelne einmal zwecks Marktbeeinflussung in einer Organisation zusammengefunden haben, so tat es jeder von ihnen in Freiheit, aber eben auch deshalb, weil er sich davon einen persönlichen Vorteil versprach. Aus den egoistischen Motiven des einzelnen profitierten dann letztlich alle, indem dank dieser Sammlung von Kräften dem Markt günstigere Geschäftsbedingungen abgetrotzt werden konnten. Das ist nun aber ein Vorteil, auf dessen Bestand und Anhalten keiner der Verbundenen einen Anspruch hat.

IV. Die Verschlechterung der Ertragslage

1. Die einzelnen Schadensfaktoren

Eine Verschlechterung der Ertragslage kann auf verschiedenen Faktoren beruhen, sei es, dass sich bestimmte *Aufwandskosten* ungeachtet des geschrumpften Mitgliederbestandes nach wie vor in gleicher Höhe einstellen, sei es, dass sich bisherige *Einkünfte* verringern oder entfallen, sei es, dass ein Mitgliederabgang mehr oder weniger tiefgreifende Veränderungen der genossenschaftlichen Einrichtungen notwendig macht und sogenannte *Umstellungskosten* verursacht. Diese Schadensfaktoren werden später im einzelnen näher

besprochen [6]; sie stellen das eigentliche Anwendungsfeld der genossenschaftsrechtlichen Auslösungssumme dar. – An dieser Stelle sei die Aufmerksamkeit zwei speziellen Problemen gewidmet, die im Rahmen von Ausscheidenswirkung und Ausscheidensschaden einer sorgfältigen Überprüfung bedürfen. Beide betreffen innerbetriebliche Bereiche und berühren deshalb die Ertragslage der Genossenschaft ebenfalls. Es sind dies: das Schicksal der Schuldenlast der Genossenschaft einerseits, der Rückstellungsbedarf für betriebliche Erneuerung andererseits.

2. Die unveränderte Schuldenlast

Geht man davon aus, dass Schulden grundsätzlich zu tilgen sind und dass in unverfälschter Genossenschaftswirtschaft die hiezu notwendigen Mittel über die Beiträge der Mitglieder aufgebracht werden müssen, dann ist ohne weiteres verständlich, dass jede Schrumpfung dieses Mitgliederkreises für alle Verbliebenen eine künftige Mehrbelastung bedeutet. Dieser Nachteil muss nun im Rahmen einer allfälligen Auslösungssumme grundsätzlich Berücksichtigung finden.

In diesem Zusammenhang interessieren die Musterstatuten zweier regionaler Milchverbände, welche ausdrücklich bestimmen, der Ausscheidende habe der Genossenschaft einen bestimmten Teil ihrer gesamten im Ausscheidenszeitpunkt bestehenden Schulden zu bezahlen [7]. Die Musterstatuten eines weitern Regionalverbandes fordern die Bezahlung einer Auslösungssumme nicht nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen eines erheblichen Schadens oder der Gefährdung des Fortbestandes der Genossenschaft, sondern auch dann, wenn die Schulden der Genossenschaft grösser sind als der wirkliche Wert ihrer Aktiven, also im Falle der Überschuldung [8]. Mit diesen Hinweisen sei dokumentiert, dass bestehende Schuldenlast angesichts des Ausscheidens von Mit-

[6] Siehe unten, S. 110–118.

[7] Zentralschweizerischer Milchverband, Luzern, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, Art. 9 lit. b Abs. 1: «Bei Austritt oder Ausschluss eines Mitgliedes aus irgendwelchem Grund hat der Ausscheidende jenen Schuldenanteil der Genossenschaft zu bezahlen, der auf Grund seiner ha-Fläche ohne Wald im Verhältnis zum Gesamtflächenbestand der Mitglieder auf ihn entfällt. Als Schulden der Genossenschaft gelten sämtliche effektiven Verbindlichkeiten gegenüber Banken und anderen Gläubigern.»

Milchverband St. Gallen-Appenzell, St. Gallen, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, Art. 14 lit. b: «Bei Ausscheiden eines Mitgliedes hat das austretende Mitglied jenen Schuldenanteil der Genossenschaft zu bezahlen, der aufgrund seiner ha-Fläche ohne Wald im Verhältnis zum Gesamtflächenbestand der Mitglieder auf ihn entfällt.»

[8] Verband bernischer Käserei- und Milchgenossenschaften, Bern, Musterstatuten, abgegeben im Frühjahr 1974, § 5 Abs. 2: «Wird durch das Ausscheiden von Mitgliedern die Genossenschaft in ihrem Fortbestand gefährdet oder entsteht ihr erheblicher Schaden, kann die Generalversammlung den Betreffenden eine angemessene Auslösungssumme auferlegen; das gilt auch, wenn die Schulden grösser sind als der wirkliche Wert der Aktiven.»

gliedern in Genossenschaftskreisen als nachteilige Ausscheidenswirkung empfunden wird, was mitunter in den Statuten ausdrückliche Erwähnung findet.

RINGWALD bezweifelt die Zulässigkeit einer Regelung der zweitgenannten Art – Auslösungssumme bei Überschuldung; sie komme fast einer persönlichen Haftung der Mitglieder für die Verbindlichkeiten ihrer Genossenschaft gleich [9]. – Diese Bedenken gehen fehl. Persönliche Haftung begründet eine derartige Ordnung deshalb nicht, weil ihr das entscheidende Merkmal dieses Institutes fehlt: die Einräumung des direkten Zugriffsrechtes an die Genossenschaftsgläubiger auf das Vermögen der Mitglieder. Offenbar stösst sich der genannte Autor an der Tatsache, dass der Ausscheidende zu Schuldentilgung herangezogen werden soll, ohne dass die Voraussetzungen persönlicher Haftung gegeben wären. Unbestreitbar muss aber zulässig sein, dass eine Genossenschaft ihre Mitglieder an der allgemeinen Last der Schuldenamortisation beteilige. Tut sie das, dann erwächst ihr mit jedem Mitgliederabgang ein Schaden, welcher im Rahmen einer Auslösungssumme grundsätzlich Berücksichtigung finden muss, habe sie nun den Problemkreis «Schulden» in ihren Statuten ausdrücklich angeschnitten oder nicht. Wie im einzelnen zu verfahren ist, wird später aufgezeigt werden [10].

3. Der Rückstellungsbedarf für betriebliche Erneuerung

Eine umsichtig geschäftende Genossenschaft wird sich von allem Anfang an Rechenschaft darüber geben, in welchem Zeitpunkt spätestens ihre Anlagen ausgedient haben werden und durch neue ersetzt sein müssen. Folge solcher Umsicht wird dann regelmässig die Äufnung spezieller Reserven zu Erneuerungszwecken sein. In unverfälschter Genossenschaftswirtschaft sind die hiezu notwendigen Mittel – gleich wie im Bereiche der Schuldenamortisation – über die Beiträge der Mitglieder zu erschliessen. Geschieht dies alljährlich in einem bestimmten Rahmen, dann bringt auch unter diesem Gesichtspunkt jeder Mitgliederabgang eine Mehrbelastung für die Verbliebenen. Diese Auswirkung soll nun aber der Bemessung einer Auslösungssumme nicht zugrunde gelegt werden dürfen. Denn die im Hinblick auf Abschreibungen an Aktivwerten zu tätigenden Rückstellungen sind ausschliesslich auf die Zukunft ausgerichtet. Ihre Funktion besteht darin, die Genossenschaft nach Ablauf bestimmter Zeit in die Lage zu versetzen, ihre entwerteten Einrichtungen zu ersetzen. Diese Erneuerung muss gerechterweise in erster Linie Aufgabe aller jener Mitglieder sein, die dannzumal den Willen zur genossenschaftlichen Aktion haben oder noch haben werden. Dieser Auffassung steht nicht entgegen, den künftigen

[9] RINGWALD L., S. 172.
[10] Siehe unten, S. 111/112.

Finanzbedarf mittels Rückstellungen zum voraus sicherzustellen. Aber es wäre angesichts der Austrittsfreiheit verfehlt, den Ausscheidenden über die Dauer seiner Mitgliedschaft hinaus auch für diese Erneuerungsaufgaben heranzuziehen. Die Erneuerung wird ausschliesslich im Interesse aller jener Genossenschafter realisiert, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme noch Mitglieder sind. Sie allein profitieren davon, weshalb in erster Linie sie die daherigen Kosten sollen tragen müssen. Andererseits ist der Ausscheidende - mangels gegenteiliger Statutenvorschrift – nicht etwa für seinen bisher erbrachten Anteil an den bereits realisierten Rückstellungen zu entschädigen. Solange er Genossenschafter war, beinhaltete seine Mitgliedschaft das abstrakte Interesse an langfristiger Erhaltung der genossenschaftlichen Einrichtungen und durfte angenommen werden, auch er werde dereinst von der Erneuerung profitieren. Seine daherigen Leistungen haben als Solidaritätsbeitrag à fonds perdu zu gelten. Gerade aber auch diese Tatsache – dass er bereits an die Finanzierung eines Projektes beigesteuert hat, aus dem er keinen Vorteil mehr ziehen wird – verbietet, die für die Verbliebenen nunmehr wachsende Rückstellungslast der Bemessung einer Auslösungssumme zugrunde zulegen.

§ 9 Funktion und Rechtsnatur der Auslösungssumme

I. Die Funktion der Auslösungssumme

Die Auslösungssumme des schweizerischen Genossenschaftsrechts ist Gegenstand spezifischer Leistungspflicht eines ausgetretenen oder ausgeschlossenen Genossenschafters, welche ein solcher unter ganz bestimmten Voraussetzungen an die Genossenschaft zu erbringen hat. Will dieses Institut in seiner heutigen Ausgestaltung sachgerecht erfasst werden, verdient die Tatsache besondere Hervorhebung, dass auch ein Ausgeschlossener von der fraglichen Zahlungspflicht erfasst werden kann. Dem älteren Schrifttum war ein solches Verständnis durchaus nicht geläufig; soweit man sehen kann, standen damals Verbandsmacht, Bindung an die Körperschaft und Freiheit des Mitgliedes gegenüber der Genossenschaft im Mittelpunkt des Interesses und wurde die hier zu erörternde Problematik vornehmlich nur unter dem Gesichtspunkt des Austrittes im «Austrittsgeld» gewürdigt [1]. Selbst namhafte Förderer des Revisionswerkes verfielen noch einer eher einseitigen Betrachtungsweise und erblickten in der Auslösungssumme insbesondere ein das freie Austrittsrecht eindämmendes Mittel zur Bindung der Mitglieder, wenn sie auch ihre Funktion als Schadenersatzleistung durchaus anerkannten [2]. Weit entfernt davon, diese Haltung zu kritisieren; damit sei lediglich zum Ausdruck gebracht, wie sehr damals die vom Bundesgericht übertrieben bewertete und geschützte Austrittsfreiheit allerorten zu schaffen machte und im Vordergrund der Diskussion stand.

Es ist ohne weiteres verständlich – weil in der Natur der Sache liegend –, dass das Bewusstsein des Mitgliedes, bei einem allfälligen Austritt eine spezifische Zahlung erbringen zu müssen, auf die Bildung ebendieses Austrittswillens hemmend wirken kann; und es ist alsdann folgerichtig, in einer solchen Pflicht ein Instrument zu erblicken, durch welches der Hang zum Austritt zurückgebunden wird. Angesichts der heutigen gesetzlichen Ausgestaltung des Institutes der Auslösungssumme ist es aber unrichtig, ihr als primäre Funktion die Erschwerung des Austrittes zuzuschreiben. Denn sie kann unter denselben Voraussetzungen, die für den Austritt gelten, auch infolge einer Ausschliessung

[1] Balsiger Willy, S. 57ff; Jaussi Hans, S. 33ff.

[2] Egger August, Revision, S. 173a–180a; König Richard, Funktion, S. 466 469; Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 370–375.

fällig werden, womit jedem Versuch, sie in einseitiger Weise als Austrittserschwernis und Instrument der Mitgliederbindung verstehen zu wollen, der Boden entzogen ist. Letzteres ist lediglich sekundäre Begleiterscheinung und Nebenwirkung. Die Hauptfunktion der Auslösungssumme besteht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes darin, die Genossenschaft anlässlich bestimmter Fälle des Ausscheidens von Mitgliedern – bei der Ausschliessung aber genau gleich wie beim Austritt – in bestimmtem Masse vor Schaden zu bewahren. Diese ihre *schadensmindernde oder -vermeidende Funktion* kann nicht deutlich genug unterstrichen werden, soll dieses Rechtsinstitut nicht in unsachlicher Weise von der Verbandsmacht missbraucht werden können.

II. Die Rechtsnatur der Auslösungssumme

1. Hier soll untersucht werden, wo im obligationenrechtlichen System das Institut der Auslösungssumme einzureihen ist. Massgebend ist dabei, welche gesetzliche Behandlung ihr widerfährt.

Das Gesetz trifft eine eingehende, grundsätzliche Regelung nur im Zusammenhang mit dem Austritt, während es andernorts einfach auf ebendiese Ordnung verweist. So kann laut Art. 846 Abs. 4 OR das ausgeschlossene Mitglied «unter den für den freien Austritt aufgestellten Voraussetzungen zur Entrichtung einer Auslösungssumme verhalten werden». In vergleichbarer Weise erlaubt Art. 843 Abs. 2 OR die Geltendmachung einer Auslösungssumme auch gegenüber einem solchen Genossenschafter, dem ein Austrittsrecht aus wichtigen Gründen trotz vorübergehend unkündbarer Mitgliedschaft zugebilligt werden muss; auch hier wird die fragliche Zahlungspflicht «unter den für den freien Austritt vorgesehenen Voraussetzungen» vorbehalten. Hinsichtlich des Austrittes nun lautet die gesetzliche Formulierung in Art. 842 Abs. 2 OR wie folgt:

> «Die Statuten können vorschreiben, dass der Austretende zur Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme verpflichtet ist, wenn nach den Umständen durch den Austritt der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird.»

Aus diesen Prämissen sind vorläufig folgende Schlüsse zu ziehen:

1. Die Auslösungssumme beinhaltet eine *Schadenersatzleistung*, welche in Berücksichtigung irgendwelcher Kriterien angemessen sein muss.
2. Die Forderung auf Bezahlung einer Auslösungssumme kann *Folge sowohl von Austritt als auch von Ausschliessung* sein.
3. Eine Auslösungssumme darf nur dort verlangt werden, wo eine entsprechende *statutarische Abrede* getroffen worden ist.

Durch das Merkmal der Verabredung hebt sich die Auslösungssumme von allen jenen Schadenersatzleistungen ab, deren Anspruchsgrundlage in ausservertraglichem Verhalten zu finden ist (Tatbestände von Art. 41 ff OR und der Spezialgesetzgebung). Durch die Tatsache, dass sie ursprünglicher Inhalt der Vereinbarung ist, unterscheidet sie sich von jenen Ersatzleistungen, die infolge Nichterfüllung vertraglicher Verbindlichkeiten – bloss eventuell – geschuldet werden (Tatbestände von Art. 97 ff OR). Demnach bleibt für die Auslösungssumme noch die Rechtsfigur vertraglich verabredeten Schadenersatzes [3].

Nachdem das Genossenschaftsrecht keine generelle Bestimmung kennt, wonach Schadenswirkungen infolge Ausscheidens von Mitgliedern von diesen wettzumachen wären, ist eine ausdrückliche Verabredung von Schadenersatz in diesem Zusammenhang unumgänglich. Wäre hinsichtlich Ausschliessung allenfalls noch diskutabel, das Mitglied, welches das Verhältnis zwischen ihm und der Genossenschaft gestört und untragbar gemacht und dadurch den Bruch der mitgliedschaftlichen Rechtsbeziehungen verschuldet hat, auf Grund des allgemeinen Vertragsrechtes für allen daherigen Schaden – auch für solchen infolge Ausscheidens – haftbar zu machen, müsste einem gleichartigen Anspruch infolge Austrittes eine analoge Begründung versagt bleiben. Denn gewährt das Gesetz dem Genossenschafter schon die Austrittsfreiheit, dann darf in deren Ausschöpfung keine schuldhafte Vertragsverletzung erblickt werden. Fehlt nun aber im Genossenschaftsrecht eine generelle Anspruchsgrundlage für Schadenersatzforderungen auf Grund des Ausscheidens von Mitgliedern, dann ist eine entsprechende vertragliche Vereinbarung notwendig, welches Vorgehen der Gesetzgeber im Institut der Auslösungssumme ausdrücklich sanktioniert hat.

2. Trotz der Tatsache, dass sie ausdrücklich vereinbart sein muss, darf die Auslösungssumme *unter keinen Umständen* als *Konventionalstrafe* aufgefasst werden. Als akzessorisches Nebenrecht setzte sie die gültige Hauptforderung voraus, der Genossenschafter dürfe keinen Anlass zur Beendigung der Mitgliedschaft geben; angesichts der gesetzlich garantierten Austrittsfreiheit eine logische Unmöglichkeit. Und dass sie nur dann geschuldet ist, wenn der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwächst [4], steht in krassem Widerspruch dazu, dass eine Konventionalstrafe auch dann verfällt, wenn der Gläubiger keinen Schaden erlitten hat [5]. – Es erstaunt eigentlich, dass entschiedene und zugleich massgebende Ablehnung, die Auslösungssumme als Konventionalstrafe zu qualifizieren, recht jungen Datums ist [6].

[3] Vgl. zu dieser Dreiteilung: VON THUR/SIEGWART, S. 75; GUHL/MERZ/KUMMER, S. 80/81.
[4] Art. 842 Abs. 2 OR.
[5] Art. 161 Abs. 1 OR.
[6] Vgl. FORSTMOSER/PETER, Kommentar, N. 27 zu Art. 842 OR.
Selbst das Milchgutachten, S. 77, stellte die Rechtsnatur der Auslösungssumme noch als

3. Die Auslösungssumme ist also statutarisch verabredete Schadenersatzleistung. Es fällt auf, dass die gesetzliche Formel weder den Ersatzanspruch der Genossenschaft an deren Nachweis vorliegenden Verschuldens knüpft, noch einen Vorbehalt des Sinnes enthält, der Ausscheidende könne sich durch den Nachweis fehlenden Verschuldens von seiner Zahlungspflicht befreien. Dadurch erlangt die grundsätzliche Entscheidung, ob eine Auslösungssumme geschuldet wird oder nicht, Unabhängigkeit von allfälligem Verschulden des Ausscheidenden. Die Pflicht zur Bezahlung einer Auslösungssumme ist einzig und allein Folge der Tatsache, dass durch Austritt oder Ausschliessung der Genossenschaft ein Schaden erwächst. Damit stellt sich das Institut der Auslösungssumme als Anwendungsfall kausaler Ersatzpflicht, als eine *Kausalhaftung* dar: der Genossenschafter wird dann auslösungspflichtig, wenn er den für die Genossenschaft schädlichen Untergang seiner Mitgliedschaftsstelle verursacht. Dass auch bei Ausschliessung eine Auslösungssumme verlangt werden darf, widerspricht diesem Verständnis nicht. Wohl unternimmt hier die Genossenschaft jenen Schritt, der unmittelbar zum Bruch des mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses führt. Entscheidend ist aber, dass der Ausgeschlossene die Gründe zu dieser Demrache gesetzt hat. Bei der Ausschliessung genau gleich wie beim Austritt basiert die gesetzliche Konzeption auf der Annahme, der Ausscheidende habe die causa des adäquaten Erfolges gesetzt und deshalb zu vertreten.

Gemäss einem *allgemeingültigen Prinzip* steht es jedem Haftpflichtigen zu, den haftungsbegründenden Kausalzusammenhang zwischen seinem eigenen Verhalten und dem schädlichen Erfolg durch den Nachweis bestimmter Tatsachen als inadäquaten zu Fall zu bringen; stets bleibt ihm die Berufung auf höhere Gewalt, Selbstverschulden und Drittverschulden vorbehalten [7]. Das Genossenschaftsrecht hat diesem Grundsatz Rechnung getragen. Höhere Gewalt berücksichtigt es insofern, als den durch den Tod Ausscheidenden keine Pflicht zur Bezahlung einer Auslösungssumme trifft [8]. Und Selbstverschulden mit Entlastungswirkung wird für den Fall angenommen, dass ein Genossenschafter infolge Einführung oder Vermehrung der persönlichen Haftung oder

umstritten hin: Konventionalstrafe, Schadenersatz oder Rechtsinstitut sui generis. Eine klare Stellungnahme blieb aus.

Gutzwiller Max übernahm in seinem Kommentar, N. 6 zu Art. 843 OR, sinngemäss die folgende Formulierung von Hager Arthur, S. 32 Anm. 57: «Die Auslösungssumme ist weder Schadenersatzsumme noch Konventionalstrafe, kommt in ihrer Wirkung jedoch diesen beiden Instituten nahe.»

Als Vertreter des älteren Schrifttums hat Balsiger Willy, S. 57, das «Austrittsgeld» als Schadenersatzsumme oder als Konventionalstrafe qualifiziert. Aus unerfindlichen Gründen hat er dieser Art von Leistung die «Auslösungssumme» gegenübergestellt, ohne aber diese letztere rechtlich zu charakterisieren; S. 59.

[7] Oftinger Karl, S. 116/117.

[8] Vgl. Art. 847 OR.

Nachschusspflicht austritt; hier wird die Erhebung einer Auslösungssumme ausdrücklich verboten[9]. In diesen beiden Fällen tritt von Gesetzes wegen Befreiung ein. Darüber hinaus muss sich der Genossenschafter aber kraft des allgemeingültigen Prinzips in allen Fällen stets auf einen der drei Entlastungsgründe berufen können.

Hinsichtlich der Regelung von Art. 843 OR ist die Wissenschaft mitunter in Richtung dieser These vorgestossen, ohne allerdings zu allgemeingültigen und klaren Ergebnissen zu gelangen. Gemäss dieser Bestimmung hat auch jener Genossenschafter eine Auslösungssumme zu bezahlen, welcher trotz Bestehens einer Sperrfrist – sie beträgt höchstens fünf Jahre – aus wichtigen Gründen austritt. Diese Regelung war bereits in Art. 832 E III enthalten und von Gysin als widerspruchsvoll kritisiert worden[10]. Gerwig seinerseits hat sich insbesondere der Änderung des statutarischen Zweckes als Anwendungsfall eines wichtigen Grundes gewidmet. Fragte er vorerst lediglich, ob nicht in solchen Fällen der Richter sehr zurückhaltend sein müsse mit der Auslösungssumme[11], verneinte er später eine solche absolut, wenn der wichtige Grund in einer von der Mehrheit dem Austretenden aufgezwungenen wesentlichen Zweckänderung liege[12].

Dass Art. 843 OR widerspruchsvoll sei, kann nicht behauptet werden. Zwei Dinge sind aber scharf auseinanderzuhalten: einmal die Frage, inwiefern ein wichtiger Grund vorliegt, der den Austritt des Genossenschafters trotz Sperrfrist rechtfertigt; alsdann die andere Frage, ob dieser wichtige Grund zugleich auch höhere Gewalt, Selbstverschulden der Genossenschaft oder Drittverschulden beinhaltet, so dass Inadäquanz der Kausalität und damit Befreiung von der Haftpflicht angenommen werden muss. Die erste Frage ist eine solche des Persönlichkeitsschutzes; sie will beantwortet haben, ob dem Genossenschafter unter bestimmten Umständen zugemutet werden darf, während der Sperrfrist in der Körperschaft zu verbleiben. Die zweite Frage ist eine solche des Haftpflichtrechtes; sie will klären, ob der Austretende bei den gegebenen Umständen für den Schaden infolge seines Ausscheidens einzustehen habe oder ob allenfalls andere Gründe für diesen Erfolg ursächlich sind.

4. Die gewonnenen Erkenntnisse führen zum Schluss: *Die Auslösungssumme ist statutarisch verabredete Schadenersatzleistung, welche bei Austritt oder Ausschliessung auf Grund kausaler Haftpflicht geschuldet ist, wobei dem Belangten in jedem Fall der Befreiungsbeweis gestützt auf höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittverschulden offensteht.*

[9] Art. 889 Abs. 3 OR.
[10] Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 372 ff.
[11] Gerwig Max, Genossenschaft, S. 161.
[12] Gerwig Max, Genossenschaftsrecht, S. 247.

Art. 13 Abs. 1 KG lautet:

«Fällt für einen Beteiligten die Kartellverpflichtung dahin, oder scheidet er aus einem Verband aus, der vorwiegend Kartellzwecke verfolgt, so darf ihm keine Auslösungssumme auferlegt werden.»

Wie das Genossenschaftsrecht kennt demnach auch das Kartellrecht den Begriff der Auslösungssumme, ohne allerdings dessen Inhalt näher festzulegen. Dieses Schweigen muss dahingehend ausgelegt werden, das kartellrechtliche Verständnis der Institution Auslösungssumme sei identisch mit jenem des Genossenschaftsrechts. In einer einschlägigen Abhandlung [1] äussert denn auch die Kartellkommission nicht die geringsten Zweifel darüber. In der Folge ist deshalb davon auszugehen, das Kartellgesetz verstehe – gleich dem Genossenschaftsrecht – als Auslösungssumme jede verabredete Schadenersatzleistung als Folge von Austritt oder Ausschliessung.

I. Der Zweck des schweizerischen Kartellgesetzes

Der Güteraustausch vollzieht sich in der Schweiz auf marktwirtschaftlichem Boden, im freien Spiel von Angebot und Nachfrage. Damit ist dem wirtschaftlichen Wettbewerb unter den Teilnehmern dieses Marktes Raum gegeben, diesen gleichzeitig aber auch ermöglicht, sich zwecks Beschränkung gegenseitiger Konkurrenz zu organisieren. Je umfassender letzteres für den Markt eines bestimmten Gutes bei grosser Disziplin der also Verbundenen geschieht, desto näher rückt die Wahrscheinlichkeit, der Wettbewerb auf ebendiesem Markt komme zum Erliegen, die Kräfte im betreffenden Feld von Angebot und Nachfrage erstarrten. Gerade gegen solchen Erfolg der Organisation marktwirtschaftlicher Wettbewerber kämpft das Kartellgesetz an. Es tut dies allerdings bloss indirekt, denn es bedient sich nicht eines generellen Verbotes von Kartellen. Im Bestreben, den marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu schützen, richtet es sich bloss gegen Auswüchse und Missbräuche grundsätzlich erlaubter Kartellierung, wobei es sowohl die Interessen der Privaten als auch jene der Öffentlichkeit in seine Dienste nimmt.

In öffentlich-rechtlicher Hinsicht ermächtigt es das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement zur Veranlassung von Sonderuntersuchungen durch die Kartellkommission [2] und zur verwaltungsrechtlichen Klage beim Bundesgericht, wenn diese Erhebungen zeigen, dass «ein Kartell oder eine ähnliche

[1] Milchgutachten.
[2] Art. 20 Abs. 1 KG.

Organisation den Wettbewerb in einem Wirtschaftszweig oder Beruf in einer mit dem Gesamtinteresse nicht vereinbaren Weise ausschliesst oder erheblich beeinträchtigt, insbesondere zum Nachteil der Konsumenten»[3]. Diese Klage kann dann zur Aufhebung oder Änderung von Kartellbestimmungen oder zum Verbot kartellistischer Vorkehren führen[4].

In privatrechtlicher Hinsicht unterscheidet das Gesetz Kartellmitglieder und Dritte. – Jedem Dritten, der durch die Vorkehren eines Kartells vom Wettbewerb ausgeschlossen oder in dessen Ausübung erheblich behindert wird[5], gewährt es die folgenden Rechtsansprüche: auf Feststellung der Widerrechtlichkeit, auf Unterlassung der Vorkehren und Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, auf Ersatz des Schadens bei Verschulden und auf Genugtuung im Falle von Art. 49 OR, ferner auch auf Unverbindlicherklärung bestehender Kartellverpflichtungen oder aber auf Aufnahme in den Verband und schliesslich auf Urteilsveröffentlichung[6]. – Dieselben Ansprüche hat das Kartellmitglied selber, das wegen Nichteinhaltens von Kartellpflichten gemassregelt und fortan wie ein Dritter behandelt wird; allerdings nur dann, wenn diese Sanktion das untreue Mitglied im Verhältnis zum angestrebten Ziel sowie nach Art und Durchführung übermässig beeinträchtigt[7]. Darüber hinaus steht jedem Beteiligten ein Anspruch auf gänzliche oder teilweise Befreiung von eingegangenen Kartellverpflichtungen zu, wenn sich seine Stellung erheblich verschlechtert hat oder sonst ein wichtiger Grund vorliegt, der die Kartellverpflichtung nach Treu und Glauben unzumutbar macht[8].

II. Der Begriff des Kartells

Mit dem Begriff «Kartell» will die Rechtsordnung einen bestimmten Inhalt der Organisation wirtschaftender Subjekte erfassen, ungeachtet der Frage, in welcher Form solche Absprachen zustande gekommen und ob sie letztlich auch erzwingbar sind. Denn «als Kartelle im Sinne des Gesetzes gelten Verträge, Beschlüsse oder rechtlich nicht erzwingbare Abreden, welche mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbes den Markt für bestimmte Waren oder Leistungen beeinflussen oder zu beeinflussen geeignet sind»[9]. Mithin ist der Kartelltatbestand überall da erfüllt, wo effektive oder auch nur virtuelle Marktbeeinflussung kraft gemeinsamer Wettbewerbsbeschränkung realisiert

[3] Art. 22 Abs. 1 KG.
[4] Art. 22 Abs. 2 KG.
[5] Art. 4 Abs. 1 KG.
[6] Art. 6 KG.
[7] Art. 14 KG.
[8] Art. 12 KG.
[9] Art. 2 Abs. 1 KG.

wird, wo marktorientierte Konkurrenzentschärfung mit im Spiele ist. Um den Anwendungsbereich des Kartellgesetzes zu umreissen, seien der Reihe nach skizziert der Markt, der Wettbewerb, dessen Beschränkung und die Marktbeeinflussung.

1. Der Markt

«Markt ist der Umschlagplatz der Angebote und Nachfragen, die Zone ihres Aufeinandertreffens [10].» Vermarktet wird nur dort, wo angebotene Güter einen interessierten Nachfrager als Erwerber finden. Deshalb gibt es keinen nur auf Anbieter oder Nachfrager beschränkten Markt. Hingegen gibt es so viele Märkte, als Güter bestimmter Gattung oder Art umgesetzt werden. Beispielsweise einen Markt für Getränke, für alkoholische Getränke, für Wein, für Rotwein, für französischen Rotwein, für Rotwein aus dem Burgund, für Burgunder aus der Region Echézeaux, für Echézeaux 1949. – Der gesetzliche Kartellbegriff bezieht sich auf den «Markt für bestimmte Waren oder Leistungen». Diesem Wortlaut ist vorab zu entnehmen, dass Ware und Leistung gleichgestellt sind, weshalb sich jede Trennung dieser beiden Begriffe erübrigt. Alles, was vermarktet wird, ist Ware oder Leistung im Sinne des Kartellgesetzes[11], womit diesem ein weites Feld geöffnet ist, seine Kräfte allenfalls zu entfalten. Eine Schranke bringt hier lediglich die Koppelung von Ware und Leistung mit dem Markt; damit wird jeder Wettbewerb ausserhalb davon (in Politik, Sport, Gesellschaft usw.) zum kartellunfähigen gestempelt und der Wirkung des Kartellrechts entzogen [12]. – Die gesetzlich geforderte Bestimmtheit von Ware und Leistung tut dem weiten Anwendungsbereich des Kartellgesetzes keinen Abbruch. Dieses Merkmal ist vielmehr folgerichtiger Ausdruck dessen, dass Kartelle nur auf konkreten Märkten und angesichts konkreter Wettbewerbe zustande kommen können. Ringen verschiedene, sich konkurrenzierende Bewerber um die einmalige Gunst Dritter als Marktpartner, kommen sie als Kartellierende überein, diesen unversöhnlichen Kampf gemeinsam zu entschärfen. Soweit nun Waren und Leistungen in das gleiche wettbewerbsbeschränkende Übereinkommen einbezogen werden, sind sie «bestimmte» [13].

2. Der Wettbewerb

Ist das Kartellrecht auf je konkrete Märkte hin angelegt, kann es sich notgedrungen nur mit entsprechenden Wettbewerbssituationen befassen. Das bedeutet, nur das Verhalten von Konkurrenten auf einem konkreten Markt, ein

[10] Kummer Max, Kartell, S. 39.
[11] Kummer Max, Kartell, S. 73.
[12] Kummer Max, Kartell, S. 74/75.
[13] Kummer Max, Kartell, S. 75/76.

konkreter Wettbewerb also, könne kartellrechtlich relevant werden. So z. B. die sich bekämpfenden Absatzbestrebungen konkurrierender Importeure französischen Rotweins, aber ebensogut ihr Geschäftsgebaren als Weinhändler mit Echézeaux 1949. Ferner ist diesem Wettbewerb eigen, dass mindestens zwei Konkurrenten derselben Marktstufe «um die unteilbare und nur einmal zu vergebende Gunst» [14] eines Dritten auf benachbarter Stufe werben, sei dieser nun Anbieter oder Nachfrager. Gerade wegen dieser Einmaligkeit jenseits der Nahtstelle wird diesseits von ihr um die Wette geworben. Schliesslich sei festgehalten, dass sich das Kartellgesetz – im Gegensatz zum Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb – nicht auf den wirtschaftlichen Wettbewerb beschränkt [15], weshalb seiner Anwendung auf Letztabnehmerkartelle grundsätzlich nichts im Wege steht [16].

3. Die gemeinsame Wettbewerbsbeschränkung

Wettbewerbsbeschränkung ist alles, was die Entscheidungsfreiheit des Wettbewerbers an irgendeiner Stelle trifft; nicht notwendig, dass er dadurch auch eine wirtschaftliche Einbusse erleide [17]. – Kartell setzt begrifflich eine Mehrheit von Beteiligten voraus [18], eine Mehrheit um die Wette Werbender, eine Mehrheit von Konkurrenten. Diese haben dies- oder aber jenseits der Nahtstelle des Marktes zu stehen, je nachdem es sich um ein Anbieter- oder Nachfragerkartell handelt. Wesentlich ist, dass Kartellierte je auf gleicher Marktstufe zu suchen sind, weil nur dort Wettbewerb im Sinne des Kartellgesetzes herrscht. Identität der Marktstufe genügt nun freilich nicht. Kausalen Impuls zur Kartellbildung zeugt erst die Tatsache, dass sich letztlich nur identische Ware im Prozess der Vermarktung gegenseitig ausschliesst, sich im Werben um nur einmal zu vergebende Gunst des Marktpartners den Rang abläuft. Nur dieser Boden ist geeignet, gegenseitiges Abstimmen von Preisen, Geschäftsbedingungen, Kontingenten und Marktgebieten hervorzubringen. Wo solches geschieht, wird die Bewegungsfreiheit eines Bewerbers um Marktanteil getroffen, liegt Wettbewerbsbeschränkung vor. Als kartellistische zeichnet sie sich nun dadurch aus, dass sie eine «gemeinsame» ist. Das bedeutet, dass jeder Beteiligte davon betroffen sein muss, und zwar jeder in seiner Wettbewerbsstellung. Deshalb ist die Vereinbarung eines schlichten Konkurrenzverbotes noch nicht Kartell; erst wenn dem also Eliminierten gleichzeitig zugestanden wird, seinerseits auf die wettbewerbliche Entscheidungsfreiheit des fortan unkonkurrenzierten Partners

[14] Kummer Max, Kartell, S. 36.
[15] Vgl. Art. 1 Abs. 1 UWG.
[16] Vgl. dazu Kummer Max, Kartell, S. 36–54.
[17] Vgl. Kummer Max, Kartell, S. 68.
[18] Vgl. Art. 2 Abs. 1 KG, der dem Kartell Verträge, Beschlüsse und Abreden zugrundelegt.

einzuwirken, ihm z.B. ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich Preisgestaltung für die von der Abrede erfasste Ware (Leistung) eingeräumt wird, ist die Beschränkung eine gemeinsame und damit kartellistische. Gerade dieses Beispiel macht deutlich, dass solche Beschränkung nicht für alle Beteiligten inhaltlich gleich zu sein braucht. Wenn nur die freie Wettbewerbsstellung eines jeden betroffen wird; denn darin liegt das Merkmal kartellrechtlich geforderter Gemeinsamkeit.

4. Die Marktbeeinflussung

Den Markt beeinflussen will sagen, auf Zahl und Inhalt der zu Markt getragenen Angebote und Nachfragen künstlich einwirken, so dass sie sich anders darbieten, als es zuträfe, wenn das Marktgeschehen seinen freien Lauf hätte nehmen können [19]. Gibt man sich Rechenschaft darüber, dass der Markt beide Pole des Güterumsatzes beschlägt, Anbieter und Nachfrager, Veräusserer und Erwerber, Geschäftspartner diesseits und jenseits der Marktnahtstelle, dann muss anerkannt werden, dass sich Marktbeeinflussung – allenfalls mit verschiedener Intensität – beidseitig dieser Interessentangente manifestieren kann. Markteinfluss allerdings, wie er eigentliches Ziel der Kartellierung ist und wie ihn demzufolge Art. 2 Abs. 1 KG meint, ist Beeinflussung der Kartellgegenseite, ist *Behauen der Chancen der kartellfremden Geschäftspartner auf benachbarter Marktstufe*, indem diese nicht mehr zu den gleichen Bedingungen kontrahieren können, wie sie ihnen erreichbar wären, bliebe dem Marktgeschehen das freie Spiel der Angebote und Nachfragen erhalten [20].

Ob marktorientierte Abreden unter Wettbewerbern wirklich auch Einfluss auf den Markt ausüben, ist wohl nicht durchwegs leicht festzustellen. Diese Ungewissheit ist aber in zweierlei Hinsicht unbedeutend: einmal genügt, um Kartelltatbestand als gegeben annehmen zu können, bereits die Tatsache, dass Vorkehren dieser Art geeignet sind, Markteinfluss zu bewirken; zum andern verbindet das Gesetz im wesentlichen mit dem blossen Kartelltatbestand noch keine Rechtsfolgen. Dazu bedarf es besonders intensiver Auswirkungen des Kartells, Situationen, angesichts derer Marktbeeinflussung ausser jedem Zweifel steht.

III. Genossenschaft und Kartell

Schon früh wurde die Organisationsform der Genossenschaft als für Kartelle geeignet hingestellt, weil diesen bereits der genossenschaftliche Gedanke zu-

[19] Kummer Max, Kartell, S. 39.
[20] Kummer Max, Kartell, S. 70.

grunde liege[21]. Die Auffassung, Kartell und Genossenschaft seien jedenfalls vereinbart, darf wohl bis in die heutige Zeit hinein als herrschend bezeichnet werden[22]. Unwidersprochen blieb sie allerdings nicht. GYSIN schrieb den Kartellen monopolistische Tendenz zu und sah darin etwas Genossenschaftsfeindliches[23]; ähnlich – wenn auch in schärferem Ton – argumentiert GUTZWILLER[24]. Stehen Kartell und Genossenschaft tatsächlich in unversöhnlichem Widerspruch?

Genossenschaft ist Organisation mit dem Zweck der Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe. Kartell ist Organisation mit dem Zweck der Marktbeeinflussung mittels gemeinsamer Beschränkung des Wettbewerbs. Kongruenz dieser beiden Begriffsschemen ergibt sich dann, wenn kartellistische Marktbeeinflussung genossenschaftliche Mitgliederförderung bewirkt und wenn sich die Wettbewerbsbeschränkung in genossenschaftlicher Selbsthilfe vollzieht. Zweifellos ist solche Übereinstimmung denkbar; gibt doch auch GUTZWILLER zu, «dass an sich die Genossenschaft als Zusammenschluss zur Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe die treffendste Formel auch für Kartelle darstellt»[25]. Wo liegt nun die Diskrepanz, wenn *Aktion* (gemeinsames Vorgehen) und *Effekt* (Begünstigung der einzelnen) sowohl dem Kartell- als auch dem Genossenschaftsbegriff zugänglich sind, weil Organisation gemeinsamen Vorgehens zwecks wirtschaftlicher Besserstellung der Verbundenen die erforderlichen Merkmale beider erfüllt? Im *Motiv!*

[21] EGGER AUGUST, Revision, S. 126a.

[22] Protokoll, S. 557:

Referent: «Bei Kartellen ... und trotzdem sind sie echte Genossenschaften.»

Preisbildungskommission, S. 63:

«Nach Ansicht massgebender Juristen eignen sich die GmbH und die Genossenschaft als Rechtsform der Kartelle am besten.»

HEINI ANTON, Rundgang, S. 194:

«Andererseits sollte die Form der Genossenschaft bewusst den Berufs- und Wirtschaftsverbänden und vor allem den Kartellen offengehalten werden.»

BGE *88* II 226; MERZ HANS, Kartellbindung, S. 11; KORACH ALEXANDER, S. 26 und 142.

[23] GYSIN ARNOLD, Ergebnisse, S. 329:

«Allein, dem Kartell ist ... eine monopolistische Tendenz eigen, die auch bei Genossenschaften vorkommen mag, aber keineswegs ein Charakteristikum für sie ausmacht (weshalb Genossenschaften zwischen verschwindenden Minderheiten einer Branche möglich sind). Ja, man kann sagen, dass Genossenschaften, denen Monopolerringung gelungen ist, in Gefahr stehen, den Selbsthilfecharakter zu verlieren und sich zu ungenossenschaftlichen, herrschaftlichen Gebilden auszuwachsen.»

[24] GUTZWILLER MAX, Kommentar, N. 119, Einleitung:

«Wäre nur nicht das eigentliche Zentrum jeder echten Genossenschaft, nämlich die Genossenschaftsethik, d.h. die gemeinsame Selbsthilfe ausschliesslich nach innen und unter Ausschluss jeglichen ‚kommerziellen' Fernzieles. Eine Feststellung, die allerdings nur für die ‚eigentlichen' Kartelle zutrifft, eben jene monopolistischen oder oligopolistischen Beschränkungen des Wettbewerbs, welche das neue Kartellgesetz perhorresziert: eine Kontraposition zum Wesen der Genossenschaft, wie sie drastischer nicht ausfallen könnte.»

[25] GUTZWILLER MAX, Kommentar, N. 119, Einleitung.

Genossenschaften wie Kartelle erstreben eine Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse ihrer Mitglieder[26]. *Kartelle* nun aber angesichts des Umstandes, dass die von ihnen zu erfassenden Subjekte untereinander im Konkurrenzkampf stehen; eine Situation, die jeden Betroffenen benachteiligt und so lange herrscht, als nicht sämtliche Konkurrenten übereinkommen, diese Spannung gemeinsam zu lockern oder zu beseitigen. Zur Eliminierung dieses Druckes sind noch so grosse finanzielle Mittel des einzelnen untauglich; Abhilfe kann allein eine Vorkehr bringen, durch welche sich sämtliche Wettbewerber je einzeln gewisse Fesseln in der Arena dieses Wettstreites anlegen lassen. – Auf anderem Boden hingegen wächst *echte Genossenschaft*. Nicht Betroffenheit angesichts des Marktverhaltens von Konkurrenten, sondern wirtschaftliches Unvermögen schlechthin treibt den einzelnen dazu, in der Gemeinschaft von Schicksalsgenossen sein Heil zu suchen. Weil es ausserhalb des wirtschaftlich Tragbaren liegt, dass jeder einzelne einen eigenen Mähdrescher, eine eigene Weinkelter, Milchverwertungs- oder Grastrocknungsanlage besitzt, weil es unvernünftig wäre, wenn jeder Landwirt einen eigenen Zuchtstier hielte, deshalb werden solche Objekte oder Anlagen gemeinsam angeschafft oder eingerichtet, genossenschaftlich gehalten oder betrieben. Und bleibt hier ein Sonderling ausserhalb dieses Schulterschlusses, braucht das die Organisierten nicht zu beunruhigen. Ihr Ziel ist erreicht, wenn vordem Unerschwingliches durch die erfolgte Zusammenlegung von Kräften für die Gemeinschaft – und damit auch für jeden einzelnen – in greifbare Nähe gerückt ist. – Anders jedoch bei den Kartellen: solange nicht jeder Konkurrent erfasst ist, bleibt die Spannung bestehen, und einmal gebannt, wird der Kampf von neuem entbrennen, sobald ein Untreuer den Verband verlässt.

An diesem *Kriterium* gemessen – an der Frage, *wie ernsthaft ein Genossenschafter seine Brüder zu konkurrenzieren in der Lage wäre, stünde er ausserhalb* –, lässt sich die kartellistische Spreu vom genossenschaftlichen Weizen scheiden. Muss er das? Nein! Denn der Gesetzgeber hat im Genossenschaftsrecht nicht würdige von unwürdigen Motiven zur Assoziierung geschieden. Andererseits ist festzuhalten, dass noch so harmlos anmutende Genossenschaften den Kartelltatbestand durchaus erfüllen können. Ist der genossenschaftlich organisierte Landwirt verpflichtet, den gesamten Ertrag seines Baumgartens an die Genossenschaft abzuliefern, liegt darin zweifellos eine Wettbewerbsbeschränkung. Denn es ist ihm fortan die Freiheit genommen, diese Früchte selber auf den Markt zu fahren und dort feilzuhalten. Und weil solche Beschränkung geeignet

[26] Bezüglich Kartellen vgl. MERZ HANS, Kartellgesetz, S. 7: «... Zusammenschlüsse von Unternehmungen zum Zwecke entweder der Verminderung des Aufwandes oder der Vermehrung des Ertrages ...» wobei «... es sich um Vereinbarungen handelt, die die Beschränkung der Konkurrenz zum Inhalt haben.»

ist, das Geschehen auf dem Markt zu beeinflussen, ist der Tatbestand des Kartells als gegeben zu betrachten. Gleich wie das Genossenschaftsrecht stellt das Kartellgesetz regelmässig nicht auf die Motive ab, die zur Kartellbildung geführt haben [27]. Regelmässig, weil es dies ausnahmsweise doch tut, wie sogleich zu zeigen ist.

IV. Das kartellrechtliche Verbot bezüglich Auslösungssumme

Hinsichtlich der kartellrechtlichen Ausscheidensordnung ist vorab festzuhalten, dass eine Befreiung von Kartellverpflichtungen gemäss Art. 12 Abs. 1 KG grundsätzlich klageweise zu erwirken ist, laut Abs. 4 derselben Bestimmung aber «günstigere gesetzliche, statutarische oder vertragliche Bestimmungen über Kündigung und Austritt» vorbehalten bleiben. Für genossenschaftlich Kartellierte bedeutet das Erhaltung der gesetzlichen und statutarischen Ordnung des Austrittes, auf schlichter Kündigung beruhend. – Der Vollständigkeit halber sei angeführt, dass Art. 12 Abs. 2 und 3 KG auch die Möglichkeit einer bloss teilweisen Befreiung von einer Kartellverpflichtung vorsieht, sei es, dass noch gewisse Wettbewerbsbeschränkungen stehenbleiben sollen, sei es, dass sich ein Beteiligter von den Kartellverpflichtungen ganz befreien will, ohne jedoch aus dem Verband auszutreten [28]. Soviel zur Einführung in die folgende Problematik.

Art. 13 KG lautet:

«Fällt für einen Beteiligten die Kartellverpflichtung dahin, oder scheidet er aus einem Verband aus, der vorwiegend Kartellzwecke verfolgt, so darf ihm keine Auslösungssumme auferlegt werden.

Die Beendigung der Kartellverpflichtung darf nicht durch die Regelung der Vermögensrechte des Ausscheidenden oder der Kündigungs- oder Austrittsfrist oder in anderer Weise übermässig erschwert werden.»

In Art. 13 Abs. 1 KG wird nun also – ausnahmsweise – den Motiven der Kartellbildung Gewicht beigemessen, indem die Erhebung von Auslösungssummen solchen Verbänden untersagt wird, die vorwiegend Kartellzwecke verfolgen. Damit drängt sich eine nähere Betrachtung dieses Kriteriums der «Verfolgung vorwiegend von Kartellzwecken» auf.

Auszugehen ist von der Erkenntnis, «dass an sich die Genossenschaft als Zusammenschluss zur Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder in gemeinsamer Selbsthilfe die treffendste Formel auch für Kartelle

[27] Kummer Max, Kartell, S. 69 und 100.

[28] Vgl. Merz Hans, Kartellgesetz, S. 89, der diesen Ausnahmebestimmungen wenig praktische Bedeutung beimisst.

darstellt»[29]. Bei sehr vielen Genossenschaften konzentriert sich diese Interessenwahrung in gemeinsamer Selbsthilfe auf die Verminderung eines ganz bestimmten Aufwandes für das einzelne Mitglied: die Tatsache, dass ein Zuchtstier genossenschaftlich gehalten wird, erspart es jedem Beteiligten, dasselbe im Alleingang tun zu müssen. Dieses Ziel der Aufwandsverminderung erstreben nun aber häufig auch Kartelle[30], wodurch diese zu den Genossenschaften in verstärkte Affinität treten. Was jedoch organisierte Aufwandsverminderung zum Kartell stempelt, ist die Tatsache, dass solche auf dem Wege der Konkurrenzbeschränkung anvisiert wird[31]. Diese wiederum ist nicht Selbstzweck; bei ihr soll nicht stehengeblieben werden. Sie ist Mittel zum Zweck, welcher in der *Marktbeeinflussung* liegt. «Markteinfluss, wie er eigentliches Ziel der Kartellierung ist und wie ihn ... Art. 2 Abs. 1 KG meint, ist ... Beeinflussung der Marktgegenseite[32].» Kartelliert wird dort, wo Konkurrenten beeinflussbare Kontrahenten gegenüberstehen; aber auch nur dann, wenn sich die ersteren aus solcher Beeinflussung einen wirtschaftlichen Vorteil versprechen. Entscheidend ist letztlich, dass dieser Vorteil zu Lasten Dritter errungen wird, auf Grund ihrer Reaktion auf die Kartellierung. Kartell ist gestaltender, aktiver Eingriff in das Marktgeschehen, der gerade deshalb lanciert wird, weil sich jeder Beteiligte aus der entsprechenden Reaktion der Marktpartner einen persönlichen Vorteil verspricht[33].

Kommen Weinbauern einer Region überein, auf genossenschaftlicher Basis eine Weinkelter zu betreiben, erfüllt solches Unterfangen den Kartelltatbestand dann nicht, wenn die allgemeine Wirtschaft das Angebot des Kelterns von Trauben nicht kennt und demzufolge kein Anbieter dieser Leistung durch den Zusammenschluss betroffen werden kann; also dann nicht, wenn es für Keltern keinen Markt und folglich keine behaubare Gegenseite gibt. Was aber, wenn dieselben Weinbauern auch übereinkommen, ihr Produkt zu festgelegten Preisen zu verkaufen; verfolgen sie jetzt vorwiegend Kartellzwecke? Die Beantwortung dieser Frage ist schwierig und lässt sich nicht in genereller Weise geben. In jedem Einzelfall ist auf die konkrete wirtschaftliche Ausgangslage abzustellen.

[29] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 119, Einleitung.

[30] Merz Hans, Kartellgesetz, S. 7:
«Einleitend ist zu bemerken, dass es sich bei den Kartellen, volkswirtschaftlich betrachtet, um Zusammenschlüsse von Unternehmungen zum Zwecke entweder der Verminderung des Aufwandes oder der Vermehrung des Ertrages handelt.»

[31] Merz Hans, Kartellgesetz, S. 7:
«Das Entscheidende unter dem Gesichtspunkt juristischer Betrachtungsweise liegt darin, dass es sich um Vereinbarungen handelt, die die Beschränkung der Konkurrenz zum Inhalt haben. Das wirtschaftliche Ziel der Aufwandsverminderung oder Ertragsvermehrung wird durch das rechtliche Mittel der Konkurrenzbeschränkung angestrebt.»

[32] Kummer Max, Kartell, S. 70.

[33] Vgl. Gysin Arnold, Grundlinien, S. 385. Das Kartell «verfolgt eine Gestaltungstendenz (nach aussen) und einen Förderungszweck (nach innen)».

Standen die Beteiligten hinsichtlich der genossenschaftlich zusammengelegten Interessen vordem in gegenseitigem Konkurrenzkampf und standen sie untereinander im Wettstreit beim Ringen um Marktanteil, dann dürfte es ihnen misslingen, die Verfolgung vorwiegend von Kartellzwecken in Abrede zu stellen. Ebenso aufschlussreich kann die Beantwortung der Frage nach den Verhältnissen sein, die herrschten, falls sich ein Mitglied aus der Genossenschaft zurückziehen würde. Liegt die Wahrscheinlichkeit der Konkurrenzierung des verlassenen Verbandes ausserhalb jeder realen Möglichkeit, kann diesem Verfolgung vorwiegend von Kartellzwecken mitnichten unterschoben werden.

Die Kartellkommission hat im Jahre 1968 im «Milchgutachten» Stellung bezogen zur Frage, ob Milchproduzentengenossenschaften angesichts des Verbotes von Art. 13 KG Auslösungssummen erheben dürften. – In diesem Gutachten wird von der Feststellung ausgegangen, die kollektive Verpflichtung der Mitglieder, alle produzierte Milch – ausgenommen der Eigenbedarf – an die Genossenschaft abzuliefern, sei eine privatrechtliche und als solche zugleich eine kartellistische Beschränkung. Im Ziel decke sich solche Organisation aber mit dem Zweck des Milchbeschlusses, die Versorgung des Landes mit Milch und Milchprodukten zu gewährleisten. Die genannte privatrechtliche Beschränkung werde im weitern durch Wettbewerbsbeschränkungen öffentlicher Natur ergänzt, so durch Vorschriften über Sammelstellen, Produzentengrundpreise und Verwertungsart [34]. Ausgehend von diesen Feststellungen wird gefolgert: «Die Gesamtheit der Wettbewerbsbeschränkungen, welche die Mitglieder einer Milchproduzentengenossenschaft binden, ist somit zum Teil privatrechtlicher, zum Teil öffentlich-rechtlicher Natur. Selbst die Verpflichtung, die produzierte Milch der Genossenschaft abzuliefern, visiert ein Ziel an, das im allgemeinen Interesse begründet liegt. Unter diesen Umständen ist Art. 13 KG auf die Auslösungssummen, wie sie in den Statuten der Milchproduzentengenossenschaften vorgesehen sind, nicht anwendbar. Wenn der Gesetzgeber eine derartige Bestimmung in einem Kartell verbietet, dann sicher im Blick auf einen Zusammenschluss, der unter seinen Mitgliedern Wettbewerbsbeschränkungen rein privatrechtlicher Natur aufstellt, die auf die Verwirklichung von Zielen des privaten Interesses tendieren. Die Milchproduzentengenossenschaften, die den öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über die Milchwirtschaft unterstehen, entsprechen diesem Begriff nicht. Für sie gilt zunächst der Vorbehalt des öffentlichen Rechts gemäss Art. 23 Abs. 2 KG. Aus diesem Vorbehalt lässt sich ableiten, dass die Verbotsnormen des KG nur beschränkt zur Anwendung kommen können. Mit der öffentlich-rechtlichen Ordnung der

[34] Milchgutachten, S. 78.

Milchwirtschaft erscheint das Verbot des Art. 13 Abs. 1 KG nicht vereinbar [35].» – In der Folge wird die Auffassung vertreten, die Verpflichtung des austretenden Genossenschafters, sein Recht auf Austritt zu «erkaufen» - womit die Erlegung einer Auslösungssumme gemeint ist , müsse als eine Kartellverpflichtung oder als eine Massnahme zur Verstärkung einer solchen betrachtet werden. Auf diesen Sachverhalt sei aber Art. 12 KG anwendbar, der die Befreiung von Kartellverpflichtungen zum Inhalt habe. Gestützt auf diese Bestimmung könne der einzelne Milchgenossenschafter völlige oder teilweise Befreiung von der Pflicht zur Bezahlung einer Auslösungssumme erwirken [36].

Der Kartellkommission ist zuzustimmen, dass das kartellrechtliche Verbot bezüglich Auslösungssumme auf die Milchproduzentengenossenschaften nicht anwendbar ist. Im übrigen vermögen aber die Ergebnisse dieses Gutachtens nicht zu befriedigen; in verschiedener Hinsicht nicht:

1. Es wurde dort festgestellt, vom öffentlichen Recht her sei kein Landwirt dazu verpflichtet, Milch zu produzieren, noch produzierte Milch in Verkehr zu bringen [37]. Daher sei – so wurde dann gefolgert - die kollektive Milchablieferungspflicht genossenschaftlich organisierter Milchproduzenten eine privatrechtliche Beschränkung der Beteiligten, gleichzeitig aber auch eine kartellistische Verpflichtung. Dieser letzte Schluss ist unrichtig. Zwar trifft zu, dass kein Landwirt auf Grund öffentlichen Rechts gehalten ist, Milch zu gewinnen, noch solche in Verkehr zu bringen. Tut er aber letzteres, dann hat er in Nachachtung von Art. 5 des Milchbeschlusses [38] sämtliche Milch bis auf den Eigenbedarf der angestammten oder nächstgelegenen Sammelstelle abzuliefern. Damit steht fest, dass öffentliches Recht sowohl Grundsatz als auch Umfang der Ablieferungspflicht aller jener Produzenten beherrscht, welche Milch in den Verkehr bringen. In allen diesen Fällen bleibt deshalb für die Annahme eines Kartelltatbestandes kein Raum. Dort, wo öffentliches Recht ein bestimmtes Verhalten zwingend diktiert, muss privatrechtliche Abrede gleichen Inhalts ins Leere stossen.
2. Nicht nur hat die Kartellkommission recht leichtfertig auf das Vorliegen eines Kartelltatbestandes geschlossen, sie ist auch darüber hinweggegangen, dass das kartellrechtliche Verbot bezüglich Auslösungssumme nur dann Platz greift, wenn «vorwiegend» Kartellzwecke verfolgt werden. In wohl einmaliger Weise hätte sich berufenem Kreise hier Gelegenheit geboten, ein komplexes gesetzliches Merkmal von nicht geringer Tragweite zu erhellen.

[35] Milchgutachten, S. 78/79.
[36] Milchgutachten, S. 79.
[37] Milchgutachten, S. 37 und 48.
[38] Beschluss der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefette vom 29. September 1953.

3. Unverständlich ist schliesslich die Auffassung, die Auslösungssumme sei als Kartellverpflichtung oder als verstärkende Massnahme einer solchen zu betrachten und unterliege deshalb der Befreiungsordnung von Art. 12 KG. Kartellverpflichtung im Sinne dieser Bestimmung ist ohne jeden Zweifel nur der primäre Gegenstand kartellistischer Abreden, das wirtschaftliche Verhalten des einzelnen, welches zwecks Marktbeeinflussung durch Wettbewerbsbeschränkung gebunden werden soll. Solche Fesseln ganz oder teilweise abstreifen zu können, dazu sind mit Art. 12 KG dem einzelnen die Mittel in die Hand gegeben worden, wobei in Abs. 4 «günstigere gesetzliche, statutarische oder vertragliche Bestimmungen über Kündigung und Austritt» dem beschwerlicheren Klageweg gegenüber ausdrücklich vorbehalten worden sind. Getrennt von dieser Befreiungsordnung ist in Art. 13 KG abschliessend geregelt, wie allfällige vermögensrechtliche Folgen aus dem Dahinfallen von Kartellverpflichtungen zu behandeln sind. Neben dem allgemeinen Verbot übermässiger Erschwerung wird insbesondere die Erhebung einer Auslösungssumme verboten, jedoch nur dann, wenn der Verband vorwiegend Kartellzwecke verfolgt. Diese Ordnung muss als abschliessend betrachtet werden. Dass darüber hinaus Kriterien des Art. 12 KG massgebend sein sollten, dafür fehlen jegliche Anhaltspunkte. – Der gesetzliche Aufbau ist logisch: der Ordnung, unter welchen Voraussetzungen und auf welchem Wege Befreiung von Kartellverpflichtungen zu erlangen ist, schliesst sich die Regelung allfälliger Folgen solcher Befreiung an. Wie die Kartellkommission derartige Klarheit trüben konnte, ist unerfindlich.

§ 11 Die Voraussetzungen zur Erhebung einer Auslösungssumme

I. Die Vorschrift der Statuten

1. Die Notwendigkeit statutarischer Verankerung

Das Rechtsinstitut der Auslösungssumme besteht nicht von Gesetzes wegen, sondern nur insofern, als es in den Genossenschaftsstatuten verankert ist. Zu diesem Schluss zwingt nicht allein der Wortlaut von Art. 842 Abs. 2 OR, sondern auch jener von Art. 833 Ziff. 4 OR, wonach von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Vorschriften über den Verlust der Mitgliedschaft zu ihrer Verbindlichkeit der Aufnahme in die Statuten bedürfen. Damit stellt sich die Frage nach dem rechtsgenüglichen Wortlaut dieser statutarischen Bestimmung, danach nämlich, welche Elemente sie zumindest enthalten muss, damit eine allfällige Forderung auf Bezahlung einer Auslösungssumme verbindlich begründet ist. Die entsprechende Antwort ist auf dem Wege der Auslegung von Art. 842 Abs. 2 OR zu suchen.

2. Der notwendige Statuteninhalt

1. Art. 842 Abs. 2 OR lautet:

«Die Statuten können vorschreiben, dass der Austretende zur Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme verpflichtet ist, wenn nach den Umständen durch den Austritt der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird.»

Es ist offensichtlich, dass der Gesetzgeber in diesem einzigen Satz zwei Regelungen treffen wollte: einmal die Genossenschaft ermächtigen, sich auf dem Wege statutarischer Rechtsschöpfung das Rechtsinstitut der Auslösungssumme zunutze zu machen; darüber hinaus in genereller Weise die Kriterien festlegen, nach welchen sich der Inhalt dieses fakultativen Rechtsinstitutes von Gesetzes wegen zu richten hat. Sinngemäss lautet Art. 842 Abs. 2 OR deshalb wie folgt:

«Die Statuten können vorschreiben, dass der Austretende zur Bezahlung einer angemessenen Auslösungssumme verpflichtet ist.» Zutreffendenfalls darf eine solche aber nur dann erhoben werden, «wenn nach den Umständen durch den Austritt der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwächst oder deren Fortbestand gefährdet wird.»

Von einem solchen Verständnis der fraglichen Gesetzesbestimmung ausgehend, lässt sich zunächst einmal als genügend hinstellen, wenn Statuten bestimmen:

«Der Austretende (Ausscheidende) hat eine angemessene Auslösungssumme zu bezahlen.»

Damit wird hinfällig, dass die Statuten irgendwelche Umstände nennen müssten, auf die sich diese Forderung zu stützen hätte. Insbesondere wird überflüssig, den zweiten Teil von Art. 842 Abs. 2 OR [1] zu übernehmen und in den Statuten wiederzugeben. Anders müssten sämtliche Nebensätze dieses Absatzes im Konjunktiv stehen. – Wem diese grammatikalische Begründung spitzfindig erscheint, der sei an die historische Situation erinnert, vor welcher der Gesetzgeber stand: an die ursprünglich radikale Ablehnung jeglichen Austrittsgeldes durch das Bundesgericht [2], an den Revisionsvorschlag des Schweizerischen Bauernsekretariates [3] und an die von seiten der Wissenschaft geäusserten Bedenken gegen die Einführung der Auslösungssumme [4]. Angesichts dieser Ausgangslage ist es absolut unzweifelhaft, dass der Gesetzgeber abgesehen vom Erfordernis statutarischer Verankerung in allgemeingültiger

[1] «wenn nach den Umständen ... gefährdet wird».
[2] BGE *37* II 417ff, insbesondere S. 420.
[3] König Richard, Gutachten, S. 35.
[4] Egger August, Revision, S. 177a/178a.

Weise die weitern Voraussetzungen abschliessend festlegen wollte, unter denen eine Auslösungssumme nach Gesetz sollte gefordert werden dürfen. Dasselbe muss nun aber auch hinsichtlich des Umfanges dieser neu anerkannten Forderung gelten, nämlich hinsichtlich der Angemessenheit. Diese Schranke besteht ebenfalls von Gesetzes wegen. Demnach genügt bereits der folgende Statutenwortlaut:

«Wer austritt (ausscheidet), hat eine Auslösungssumme zu bezahlen.»

2. Aus der Erkenntnis, dass Voraussetzungen und Angemessenheit einer Auslösungssumme vom Gesetz abschliessend und zwingend festgelegt sind, ist zu folgern, dass von Statuten keineswegs verlangt werden darf, die Auslösungssumme zum voraus in einem bestimmten Frankenbetrag nennen zu müssen. Soweit man sieht, wird die geltende Ordnung von keiner Seite in diesem Sinne ausgelegt [5]. – Art. 832 Ziff. 3 OR kann zu keinem andern Schluss zwingen, lässt doch das Gesetz Ausnahmen von dieser Regelung zu, beispielsweise durch Anerkennung unbeschränkter Haftung und Nachschusspflicht. So wie die Auslösungssumme im geltenden Recht konzipiert ist – Schaden nach Umständen und Angemessenheit –, muss ausser jedem Zweifel stehen, dass statutarische Nennung eines konkreten Frankenbetrages nicht gewollt sein kann und deshalb nicht verlangt werden darf.

3. Wenn auch wünschbar, so ist dennoch nicht erforderlich, dass die Statuten den Terminus «Auslösungssumme» verwenden; andere unzweifelhafte Begriffe genügen [6]. Wissenschaft und Praxis sprechen etwa von «Lösegeld» [7], «Austrittsgeld» [8], «finance de sortie» [9], «Austrittsgebühr» [10], «Auslösungszahlung» [11], «Auskaufssumme» [12], «Ablösungssumme» [13] oder auch «Austrittssumme» [14]. Aber nicht einmal die Verwendung dieser und ähnlicher Begriffe ist erforderlich. Entscheidend ist allein, dass einem konkreten Statutenwortlaut die eindeutige Berechtigung der Genossenschaft zu entnehmen ist, Ausgetretene, Ausgeschlossene oder Ausgeschiedene schlechthin auf eine Geldzahlung belangen zu dürfen, deren Rechtfertigung im gesetzlich geregelten Institut der Auslösungs-

[5] Nach Jaussi Hans, S. 35 36, soll die zum voraus bestimmte Summe unter der Herrschaft des aOR – wenn auch damals nicht anerkannt – die übliche Form gewesen sein. Am Vorschlag des Bauernsekretariates kritisierte Jaussi gerade die ursprüngliche Unbestimmtheit der Auslösungssumme.

[6] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 29 zu Art. 842 OR.

[7] Jaussi Hans, S. 31 Anm. 11.

[8] Huber Eugen, S. 29; Egger August, Revision, S. 178a; Balsiger Willy, S. 57; Jaussi Hans, S. 33; BGE *56* I 138/139.

[9] BGE *37* II 417.

[10] BGE *45* II 658.

[11] Egger August, Revision, S. 178a.

[12] Huber Eugen, S. 28; Balsiger Willy, S. 59; Jaussi Hans, S. 35.

[13] Balsiger Willy, S. 62.

[14] Hager Arthur, S. 33; Forstmoser Peter, Kommentar, N. 27 zu Art. 842 OR.

summe liegt [15]. Dem Genossenschafter muss klar erkennbar sein, dass ihm sein Ausscheiden aus der Genossenschaft eine Zahlungspflicht eintragen kann. Diesen Anforderungen genügt nun jene Bestimmung nicht, die unabhängig von der Ausscheidensordnung isoliert dastehend generell festlegt, die Mitglieder könnten für allen der Genossenschaft erwachsenden Schaden haftbar gemacht werden [16]. Für ungenügend hielte ich auch, wenn Statuten einfach im Kompetenzenkatalog für ein bestimmtes Organ die «Festsetzung von Auslösungssummen» nennten. In beiden Fällen fehlte es am notwendigen engen Zusammenhang mit dem Ausscheiden. Ungenügend wäre auch, im Kompetenzenkatalog für bestimmte Organe festzuhalten, diese legten die «Austrittsbedingungen» fest [17]. Hier mangelte es an der Eindeutigkeit der Geldzahlungspflicht.

II. Das Vorliegen bestimmter Ausscheidenstatbestände

1. Ausscheidenstatbestände

Die Ausscheidenstatbestände lassen sich, wie in § 4 dieser Arbeit aufgezeigt, letztlich auf drei Arten zurückführen: Austritt, Ausschliessung und Tod natürlicher Personen [18]. Für die Fälle des Austritts [19] und der Ausschliessung [20] ermächtigt das Gesetz die Genossenschaft ausdrücklich, die Pflicht zur Bezahlung einer Auslösungssumme anzuordnen. Hinsichtlich des Todes natürlicher Personen schweigt es sich hierüber aus [21].

a) Tod natürlicher Personen

Das Schweigen des Gesetzes bezüglich Auslösungssumme im Zusammenhang mit dem Tod natürlicher Personen kann nur als qualifiziertes aufgefasst werden des Sinnes, das menschliche Ableben dürfe eine solche Zahlungspflicht nicht nach sich ziehen. Der Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme besteht nach Gesetz nicht generell, für alle Fälle von Ausscheiden schlechthin; vielmehr wird er für spezifische Arten des Ausscheidens je einzeln eingeräumt. Solches Vorgehen wäre unnötig gewesen, sollte eine Auslösungssumme auch beim Tod natürlicher Personen gefordert werden dürfen. Die Interessen der Genossenschaft sind auf andere Weise genügend gewahrt. Sie ist befugt, die Mitgliedschaft vererblich zu erklären und ferner mit dem Eigentum an be-

[15] BGE 87 II 95; Auslegung von Statuten privatrechtlicher Körperschaften: nach dem Vertrauensprinzip.
[16] Ringwald L., S. 169.
[17] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 29 zu Art. 842 OR.
[18] Siehe oben, S. 35–49.
[19] Art. 842 und 843 OR.
[20] Art. 846 OR.
[21] Art. 847 OR.

stimmten Grundstücken dinglich zu verknüpfen. Von Gesetzes wegen gelten in diesen Fällen für den Rechtsnachfolger die gleichen Austrittsbedingungen wie für das frühere Mitglied.

Auf Grund dieser Feststellungen ist zu folgern: der Tod natürlicher Personen stellt *keinen Auslösungsfall* dar. Gegenteilig entscheiden bedeutete, gegen den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers verstossen.

b) Austritt und Ausschliessung

Was den Untergang von Mitgliedschaftsstellen betrifft, hat die Untersuchung der gesetzlichen Ausscheidensordnung zur Erkenntnis geführt, neben dem Tod natürlicher Personen kenne das Gesetz als weitere Arten von Beendigung der Mitgliedschaft nur den Austritt und die Ausschliessung [22]. Insbesondere wurde hervorgehoben, dass es sich bei statutarisch festgelegten, automatisch wirkenden Ausscheidenstatbeständen stets um eine bedingte Ausschliessung handle. Von Bedeutung war auch der Schluss, die Auflösung juristischer Personen und Handelsgesellschaften sei letztlich als Austritt, unter Umständen als Ausschliessung zu werten. Dieses Verständnis der gesetzlichen Ausscheidensordnung lässt für die Annahme weiterer Arten des Unterganges von Mitgliedschaftsstellen keinen Raum. Ausser beim Tod natürlicher Personen ist es folglich in jedem Fall von Untergang einer Mitgliedschaft denkbar, dass eine Auslösungssumme fällig werden könnte.

2. Anderweitiger Schwund spezifischen Wirtschaftssubstrates

Bei der Behandlung der Verknüpfung genossenschaftlicher Mitgliedschaft mit dem Eigentum oder der Bewirtschaftung eines Grundstückes wurde darauf hingewiesen, dass die Veräusserung oder sonstige Entfremdung solcher Grundstücke zu Situationen führen könne, die dem Fragenkomplex der Auslösungssumme sehr nahestünden [23]. Hier sei nun auf diese Problematik eingegangen, wobei man durchwegs landwirtschaftliche Betriebe vor Augen hält und insbesondere an Milchverwertungsgenossenschaften denkt.

Einer Genossenschaft, die sich die Rechtsfigur des Art. 850 OR dienstbar macht, geht es darum, sich den durch die Person des Mitgliedes vertretenen Boden als Quelle spezifischen Beitrages für den genossenschaftlichen Betrieb zu erhalten. Ob sie dieses Interesse dinglich sichern kann (Grundeigentümer) oder nur in Form einer persönlichen Verpflichtung dem Mitglied aufzubürden vermag (Pächter), stets findet hier über die rechtlich rein personenbezogene Mitgliedschaft hinweg ein «wirtschaftlicher Durchgriff» statt auf das letztlich

[22] Siehe oben, S. 35–49.
[23] Siehe oben, S. 65.

allein relevante Objekt, den produktionsbedingenden Boden. Nicht dass die Mitgliedschaft als solche auf das Grundstück radiziert wäre; aber es kommt hier dem Boden für den genossenschaftlichen Betrieb eine alles überragende Bedeutung zu, so dass die ihn vertretende Person, der Genossenschafter, praktisch zum formellen, von Rechts wegen aber unumgänglichen Begleiter zweiten Ranges, zum Funktionär, absinkt [24]. In solchen Verhältnissen werden die Rechtsregeln der Auslösungssumme nicht allein nur infolge Unterganges der Mitgliedschaft aktuell, sondern auch dann, wenn Teile des der Genossenschaft verfangenen Bodens ihrem bisherigen «Dienst» entfremdet werden. Zweckmässigerweise werden nun separat behandelt die Situation grundbuchlich vorgemerkter Mitgliedschaft und jene bloss mit dem wirtschaftlichen Betrieb verbundener.

1. Will ein *Eigentümermitglied* – beispielsweise zum Zwecke der Überbauung – Parzellen seiner Liegenschaft verkaufen und will er allen Beteiligten Querelen ersparen, dann soll er der Genossenschaft zum voraus eine entsprechende Auslösungssumme anbieten. Vernünftigerweise soll die Genossenschaft grundsätzlich auf dieses Angebot eingehen. Denn stures Festhalten an den hergebrachten Verhältnissen fruchtete nichts. Der Erwerber des fraglichen Bodens hätte ja unter allen Umständen die Freiheit, als Eigentümer später seinen Austritt zu erklären; Resultat wäre dann wiederum die Auslösungssumme. Als Gegenleistung hat die Genossenschaft selbstverständlich eine Bewilligung zur Löschung der grundbuchlichen Vormerkung auf den zu veräussernden Parzellen auszuhändigen.

Mit Nachdruck sei betont, dass es hier lediglich darum geht, die Grundsätze der Schadenersatzbemessung bei gütlicher Einigung – und Klugheit der Beteiligten – aufzuzeigen. Selbstverständlich ist es der Genossenschaft unbenommen, sich bei grundbuchlich vorgemerkter Mitgliedschaft stets an den eingetragenen Eigentümer zu halten, diesfalls an den Käufer der Parzellen. Sie ist befugt, ihn als Mitglied zu behandeln, nötigenfalls auszuschliessen und auf Bezahlung einer Auslösungssumme zu belangen. An dieser richtigen und klaren Konsequenz des Institutes von Art. 850 OR will hier mitnichten gerüttelt werden. Hier sollte lediglich aufgezeigt sein, wie zwecks gütlicher Auseinandersetzung rechtens zu verfahren ist.

2. Ähnlich liegen die Verhältnisse beim *Pächtermitglied*, wo die Mitgliedschaft zwar nicht grundbuchlich vorgemerkt aber mit dem wirtschaftlichen Betrieb eines bestimmten Grundstückes verbunden ist [25]. Ob ein solcher Genossenschafter die Grundlagen seiner Pacht aus freien Stücken schmälert oder ob

[24] Siehe auch oben, S. 23.
[25] Siehe auch oben, S. 67/68.

ihm solches von dritter Seite aufgezwungen wird, macht keinen Unterschied. Wo die Rechtsfigur des Art. 850 OR Eingang gefunden hat, sollen sich die Genossenschafter ihren Auswirkungen nicht entziehen können und jede Verringerung des relevanten Wirtschaftssubstrates durch Ersatzleistung im Sinne einer Auslösungssumme abgelten müssen.

III. Das Erwachsen eines Schadens im Sinne von Art. 842 Abs. 2 OR

1. Der anrechenbare Schaden

Die früheren Abklärungen führten zum Schluss, das eigentliche Anwendungsgebiet der Auslösungssumme liege in der Verschlechterung der Ertragslage, welche das Ausscheiden von Genossenschaftern mitunter in unvermeidbarer Weise zur Folge hat. Hier seien nun die einzelnen Faktoren solcher Ertragsverschlechterung näher betrachtet.

a) Unveränderte Aufwandskosten

Ein hypothetisches Beispiel liefere die anschauliche Grundlage:

Zwanzig Landwirte sind 1970 übereingekommen, auf genossenschaftlicher Basis eine Grastrocknungsanlage zu errichten und zu betreiben [26]. Die Errichtungskosten sind auf insgesamt Fr. 200 000.– zu stehen gekommen (Fr. 140 000.– Gebäude; Fr. 60 000.– Maschinen). Die Genossenschaft hat jeden Beteiligten verpflichtet, fünf Anteilscheine à Fr. 1000.– zu übernehmen und vollständig zu liberieren; für die restlichen Fr. 100 000.– hat sie ein zu 6% verzinsliches Darlehen aufgenommen. Die jährlichen Betriebskosten beliefen sich durchschnittlich auf Fr. 23 000.– (Fr. 12 000.– Löhne; Fr. 6000.– Schuldzinse; Fr. 5000.– Energie, Reparaturen, Steuern, Diverses). In der Folge sei davon ausgegangen, diese Betriebskosten blieben – unabhängig vom Mass der Benutzung der Anlage – konstant [27].

Scheidet nun ein Genossenschafter aus, wird der gleichbleibende jährliche Betriebsaufwand fortan von weniger Köpfen zu tragen sein. Steuerten bisher zwanzig Beteiligte je Fr. 1150.– bei [28], werden in Zukunft ihrer neunzehn mit je Fr. 1210.50 für das Gemeinschaftswerk jährlich einstehen müssen [29]. Das verwaiste Betreffnis des Ausgeschiedenen belastet die Verbliebenen inskünftig mit je Fr. 60.50 pro Jahr mehr. – Dieser Ausscheidenswirkung muss mit der Einforderung einer Auslösungssumme gesteuert werden können. Die Genos-

[26] Zur Vereinfachung sei unterstellt, jeder beteiligte Genossenschafter habe gleichen Bedarf gehabt und diese Anlage demnach in gleichem Ausmass beansprucht wie alle übrigen.

[27] Man ist sich bewusst, dass dies für den Energiebedarf tatsächlich kaum zutreffen wird.

[28] 20 × Fr. 1150.– = Fr. 23 000.–.

[29] 19 × Fr. 1210.50 = Fr. 22 999.50.

senschaft und ihre Mitglieder sind darin zu schützen, dass sich die innerbetrieblichen Verhältnisse nicht durch das Verhalten von Mitbeteiligten zu ihrem Nachteil verändern; Verhältnisse, die für den seinerzeitigen Entschluss, das Gemeinschaftswerk ins Leben zu rufen oder diesem beizutreten, zweifellos ausschlaggebend waren.

Die soeben angestellte Schadensberechnung pro Jahr liess *die Schulden der Genossenschaft* unberücksichtigt. Man hat sich bereits dafür ausgesprochen, dass bestehende Schuldenlast im Rahmen der Auslösungssumme grundsätzlich Berücksichtigung erfahren kann [30]. Bestimmte Voraussetzungen müssen allerdings erfüllt sein:

Einmal muss mit Sicherheit feststehen, dass die fraglichen Schulden von der Genossenschaft noch während ihres Bestehens aus eigenen Mitteln getilgt werden, vor ihrer allfälligen Auflösung und unter Heranziehung der Mitglieder. Denn es ist durchaus denkbar, dass in einem bestimmten Grade dauernder Verschuldung zu wirtschaften getrachtet wird, dergestalt, dass gewisse Passiven erst anlässlich der Liquidation des genossenschaftlichen Unternehmens getilgt oder von einem Rechtsnachfolger übernommen werden sollen; eine Geschäftspolitik, die etwa bezüglich Hypothekarschulden realistisch ist und sich in bestimmten Grenzen zweifellos rechtfertigen lässt. – Für die geforderte Sicherheit nun, dass bestimmte Schulden «zu Lebzeiten» der Genossenschaft amortisiert werden, kann allein ihr bisheriges Verhalten ausschlaggebend sein. Hat sie in dieser Richtung nie irgendwelche Schritte unternommen, muss sie sich dabei behaften lassen und ist dem Ausscheidenden nicht zuzumuten, im Rahmen einer Auslösungssumme einen Amortisationsbeitrag zu leisten.

Ferner dürfen nur solche Schulden in Betracht fallen, die in Verfolgung des Genossenschaftszweckes notwendigerweise begründet werden mussten. Dadurch soll ausgeschlossen werden, dass die Genossenschaft aus dem Gegenwert aufgenommener Fremdmittel entbehrliche und leicht realisierbare Aktivwerte – beispielsweise Inhaberobligationen – anschaffen kann, um durch solche Machenschaften die Belastung des Ausscheidenden künstlich zu erhöhen.

Unter Berücksichtigung der genannten beiden Schranken muss zulässig sein, einen Ausscheidenden im Rahmen der Auslösungssumme an der Amortisationslast bestehender Schulden zu beteiligen. In Frage steht hier nichts anderes als unvermeidbarer Aufwand; unvermeidbar angesichts einer sorgfältigen und soliden Geschäftspolitik, die den Schutz des Rechts verdient. Unter den geforderten Voraussetzungen soll solcher Schaden im Rahmen einer allfälligen Auslösungssumme ohne weiteres Berücksichtigung finden; eine zusätzliche, speziell auf die Schulden zugeschnittene Statutenvorschrift ist überflüssig. Sie

[30] Siehe oben, S. 85/86.

müsste sogar der Nichtbeachtung verfallen, weil mit dem Institut der Auslösungssumme jede Art von Ausscheidensschaden abschliessend erfasst und geregelt ist. – Angewendet auf das eingangs konstruierte Beispiel heisst das, der Ausscheidensschaden pro Jahr sei um Fr. 100.– höher zu veranschlagen, wenn diese Genossenschaft ihre Darlehensschuld von Fr. 100000.– jährlich mit Fr. 2000.– amortisiert hat.

b) Wegfall bisheriger Einkünfte

Mit diesem Schadensfaktor ist nicht das geringere Total von Mitgliederbeiträgen infolge geschrumpfter Mitgliederzahl gemeint, sondern jene Einbusse der Genossenschaft, welche sie auf Grund des kleineren Mitgliederbestandes im Geschäftsverkehr mit Dritten erleidet. Auch hier ist es zweckmässig, sich auf eine bestimmte Genossenschaftsart zu konzentrieren; es seien dies die Milchverwertungsgenossenschaften mit Käsereibetrieb.

1. Einer *Milchverwertungsgenossenschaft* bieten sich grundsätzlich zwei Möglichkeiten, einen Käsereibetrieb zu führen: entweder stellt sie als selbstfabrizierende Genossenschaft einen Lohnkäser an, oder aber sie beschränkt sich auf die Organisation der Sammlung von Milch und verkauft diese einem auf eigene Rechnung wirtschaftenden Käser, der von ihr die Käsereianlage gepachtet hat. Dieses letztere System wird, wie mir scheint, häufiger gewählt. – Wenn auch ungebräuchlich, ist es für eine Unterscheidung dennoch illustrativ, von «Lohnkäsereien» und «Pachtkäsereien» zu sprechen [31].

2. Bei *Pachtkäsereien* ist der Käser Milchkäufer. Gestützt auf einen entsprechenden Vertrag mit der Genossenschaft ist er verpflichtet, den Lieferanten (Genossenschaftern) den vereinbarten Preis für die von diesen an ihn abgelieferte Milch zu bezahlen [32]. Sobald der Pachtkäser im Besitze der Milch ist, interessiert deren Schicksal die Genossenschaft grundsätzlich nicht mehr. Abgesehen von den Milchzahlungen an die Produzenten, wird sie sich darauf konzentrieren, dass ihr der Käser den Pachtzins als Entgelt für die Benutzung der Käserei entrichte. Dieser Zins wird allgemein «Hüttenzins» genannt [33]. Er richtet sich regelmässig nach dem Quantum der eingelieferten Milch, wobei sich die Ansätze auf 1 kg beziehen und desto höher sind, je moderner die Käserei

[31] «Lohnkäsereien»: in Fachkreisen spricht man von «selbstverwertenden Genossenschaften» oder «Regiebetrieben mit Betriebsleitern».
«Pachtkäsereien»: in Fachkreisen «Milchkäuferbetriebe» genannt.

[32] Der Milchpreis setzt sich zusammen aus Grundpreis + Ortszuschlag.

[33] Formular «Milchkauf-Vertrag» des Zentralschweizerischen Milchverbandes Luzern, gültig ab 1.5.1972, Art. 4 Abs. 3:
«Für die sachgemässe Benützung der Käserei mit Wohnung, Garten und Einrichtungen entrichtet der Käufer einen Hüttenzins von Fr. ... im Sommerhalbjahr und Fr. ... im Winterhalbjahr, zahlbar an den Genossenschaftskassier.»

eingerichtet ist[34]. An diesem Hüttenzins hat die Genossenschaft ein vitales Interesse. In ihm liegt ihre Hauptertragsquelle, aus der sie die Mittel für den notwendigen Aufwand schöpfen muss. Einen solchen erheischt u.a. das Käsereigebäude mit den dazugehörigen Anlagen[35]. Verständlicherweise wird jede Genossenschaft bestrebt sein, mit dem Hüttenzins ihren gesamten Aufwand decken zu können. Wo das nicht möglich ist, haben die Mitglieder den Fehlbetrag in Form eines sogenannten «Saumgeldes» aufzubringen.

Es ist ohne weiteres erkennbar, dass bei diesem System jede Minderung des Milchquantums, das dem Pachtkäser verkauft werden kann, eine Schmälerung des von diesem zu bezahlenden Hüttenzinses nach sich zieht. Muss die Genossenschaft diesen Ausfall durch Einführung oder Anhebung eines Saumgeldes wettmachen, liegt darin ein Schaden, welchen ein Ausgeschiedener grundsätzlich auszugleichen hat.

3. Unter dem System der *Lohnkäserei* wirtschaftet die Genossenschaft auf eigene Rechnung und Gefahr. Sie ist Trägerin der Käsefabrikation und -vermarktung, lässt erstere aber durch einen von ihr angestellten Lohnkäser ausführen. Käuferin der Milch ist hier die Genossenschaft; sie und nicht ein Dritter erwirbt diesen Rohstoff und vergütet ihn dem Produzenten. Ihr gehört aber auch das Endprodukt, zu welchem sie diese Milch verarbeitet. – Für die folgenden Erörterungen von Bedeutung ist einmal die Tatsache, dass die Verarbeitung der Milch zu Käse deren rentabelste Ausbeute darstellt. Wichtig ist ferner die Kenntnis, dass es für die Herstellung eines Käselaibes – je nach Sorte – eines minimalen Milchquantums bedarf; gemäss Angaben aus Fachkreisen für Emmentaler etwa 1000 kg, für Sbrinz etwa 500 kg, für Greyerzer etwa 400 kg und für Tilsiter etwa 40 kg. Vermindert sich nun in solchen Verhältnissen der Mitgliederbestand und damit die Zahl der Milch abliefernden Produzenten, kann dies verschiedene Folgen zeitigen:

In quantitativer Hinsicht wird das Total der Käseproduktion geringer ausfallen. In der Folge wird auf dem Markt auf weniger Ware eine Marge zu erzielen sein.

[34] Die vom Zentralschweizerischen Milchverband Luzern festgelegten Ansätze für 1974 75 lauten:

1. Alte Betriebe	0,7-1,0 Rp. je kg
2. Ältere, aber zeitgemäss eingerichtete Käsereien	1,1 1.6 Rp. je kg
3. Vollständig umgebaute Käsereien	1,6 2,0 Rp. je kg
4. Neue Käsereien (seit 1968)	2,2 2,5 Rp. je kg

[35] Formular «Milchkauf-Vertrag» des Zentralschweizerischen Milchverbandes Luzern, gültig ab 1.5.1972, Art. 5 Abs. 1 und 2:

«Zu Lasten der Verpächterin fallen: Der Unterhalt von Käserei und Anlagen, die Brandversicherung und die Steuern für das Käsereigebäude und die Einrichtungen.

Der Käufer hat zu übernehmen: Das Russen der Feuereinrichtungen, das Weisseln der Wohnung, die Versicherung für das eigene Mobiliar und die Käsevorräte, Wasserzins und elektrischen Strom.»

Überall dort, wo grössere Milchmengen für die Herstellung eines Käselaibes erforderlich sind, mag sich dieser quantitativen Einbusse eine qualitative beigesellen: entweder können inskünftig noch gleichviel Käselaibe hergestellt werden, welche aber alle oder vereinzelt kleiner ausfallen und als untergewichtige einen schlechteren Marktpreis erzielen, oder aber es sinkt die Tagesproduktion um einen oder mehrere Laibe, und es fällt möglicherweise Restmilch an, deren Ausbeute durch andere Verwertung – beispielsweise Zentrifugieren – hinter jener der Verkäsung deutlich zurückbleibt.

4. Ob nun bei Pachtkäsereien der Hüttenzins zurückgeht oder bei Lohnkäsereien quantitativ oder qualitativ geringere Endprodukte resultieren, diesen Auswirkungen ist gemeinsam, dass sie eine künftige *Verminderung bisheriger Einnahmen* der Genossenschaft beinhalten. Inwieweit sollen solche Einbussen der Bemessung einer Auslösungssumme zugrunde gelegt werden dürfen?

Im Gegensatz zur früher besprochenen Situation, dass konstant bleibende Aufwendungen auf weniger Träger zu verteilen sind, steht hier der Ausfall von Erträgen zur Diskussion, die nicht von Genossenschaftern stammen. Während sich der Hüttenzins noch aus dem den Genossenschaftern unmittelbar dienenden Betrieb ergibt und deshalb nicht aus einem als genossenschaftsfremd zu bezeichnenden Geschäft stammt, entbehren die Verhältnisse um quantitative und qualitative Margenverringerung nicht einer gewissen Problematik. Soll die Genossenschaft, welche von ihrer ursprünglichen Idee her das gewinnstrebige Geschäft verpönt, solchen Schaden in Rechnung stellen dürfen, den ihr die herrschenden Verhältnisse auf dem Markt eintragen? Soll der Ausscheidende vollumfänglich einstehen müssen für margenschmälernden Umsatzschwund und margenvermindernde Qualitätseinbusse?

Der fragliche Schaden ergibt sich auf Grund der herrschenden Verhältnisse auf dem Käsemarkt. Man hat bereits grundsätzlich abgelehnt, dass marktbedingte Einbusse durch den Ausscheidenden auszugleichen wäre [36]. Was nun die Milch und deren Verwertung betrifft, ist zu beachten, dass der Staat hier in einem Masse eingreift wie kaum in irgendeinem andern Gebiet der Wirtschaft. Unter Heranziehung verschiedenster Organisationen und Institutionen schränkt er die Freiheit der Beteiligten ein, stellt ein Milchverarbeitungsprogramm auf und setzt Übernahmepreise fest [37]. Von grösster Bedeutung ist dabei, dass er auch den Produzenten-Grundpreis für die Milch festlegt im Bestreben, dem schweizerischen Landwirt zu einem marktunabhängigen Einkommen aus der Milchgewinnung zu verhelfen [38]. – Das Ausscheiden einzelner

[36] Siehe oben, S. 83/84.

[37] Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch vom 30.4.1957.

[38] Beschluss der Bundesversammlung über Milch, Milchprodukte und Speisefette (Milchbeschluss) vom 29.9.1953, Art. 4 und Art. 6 Abs. 1 und 2.

Genossenschafter soll nun nicht zur Verschlechterung dieses minimalen Standards führen. Einmal soll eine selbstverwertende Genossenschaft auch künftig in der Lage sein, die Milch ihrer Mitglieder zum Produzenten-Grundpreis abzunehmen. Darüber hinaus soll sie die weiteren Aufwendungen des Käsereibetriebes in hergebrachter Weise decken können; aber nur die unvermeidbaren Aufwandskosten, welche oben als für einen Ausscheidensschaden anrechenbar dargestellt worden sind [39]. Mit andern Worten heisst das, das Ausscheiden einzelner Genossenschafter dürfe nicht dazu führen, dass die Verbliebenen inskünftig einen tieferen Milchpreis erhielten als den öffentlich-rechtlich festgelegten Produzenten-Grundpreis oder zur Deckung des unvermeidbaren Aufwandes höhere Beiträge zu erbringen hätten als bisher. Damit ist ausgeschlossen, dass mit der Auslösungssumme ein allfälliger Gewinn zu stützen wäre, den eine Milchverwertungsgenossenschaft dank ihres Marktauftrittes bisher möglicherweise erzielt hat. Dieses Ergebnis steht mit der etwa erhobenen Forderung im Einklang, die Auslösungssumme dürfe nicht den Charakter einer Entschädigung für entgangenen Gewinn haben [40]. Zugleich widerspiegelt es gewissermassen das gesetzgeberische Motiv des kartellrechtlichen Verbotes jeglicher Auslösungssumme.

5. Unabhängig vom gewählten System – bei Lohnkäsereien gleich wie bei Pachtkäsereien – können Milchverwertungsgenossenschaften noch von weiterem Ausscheidensschaden betroffen werden; von künftigem *Wegfall bisher ausgerichteter Siloverbotszulagen.* Zum besseren Verständnis dieses Spezifikums das Folgende: «Silage» ist Gärfutter, steht als solches im Gegensatz zu Grün- und Dürrfutter und ist Viehnahrung im Winter. Milch von Vieh aber, dem siliertes Futter verabreicht wurde, gefährdet die Qualität halb- bis vollfetter Käse in hohem Masse. Um nun die Herstellung hochwertiger Käse auch im Winter zu sichern, hat der Staat eingegriffen. Er teilt die Milcheinzugsgebiete der Genossenschaften in Zonen ein, in denen Herstellung und Verfütterung von Silage verboten bzw. gestattet ist [41]. Unter die Siloverbotszone fallen solche Gebiete, «bei denen eine genügende Menge Verarbeitungsmilch anfällt, um während mindestens vier Monaten des Winterhalbjahres in den angestammten Gebieten und Betrieben Emmentaler-, Greyerzer-, Sbrinz-, Spalenschnitt-, Tilsiter-, Appenzeller- (Fett- und Rässkäse), Walliser- und ähnliche halb- bis vollfette Käse herzustellen, deren Qualität durch Verwendung von Silage gefährdet wird» [42]. Weil aber der Verzicht auf Herstellung und Verabreichung

[39] Siehe oben, S. 110–112.
[40] RINGWALD L., S. 174.
[41] Schweizerisches Milchlieferungsregulativ vom 18. 10. 1971, Art. 24 Abs. 1.
[42] Schweizerisches Milchlieferungsregulativ vom 18. 10. 1971, Art. 25 Abs. 1.

von Silofutter den Milchproduzenten höhere Anstrengungen abfordert, richtet ihnen die Eidgenossenschaft Siloverbotszulagen aus [43].

Führt in solchen Verhältnissen das Ausscheiden eines Mitgliedes dazu, dass die Genossenschaft im Winterhalbjahr nicht mehr käsen kann, weil die restlichen Milcheinlieferungen das erforderliche Minimum nicht mehr erreichen, gehen die Verbliebenen der bisher bezogenen Siloverbotszulagen verlustig. Es entgeht einem nicht, dass diese Auswirkung das Mitglied und nicht die Genossenschaft trifft. Soll sie deshalb für die Bemessung einer Auslösungssumme unberücksichtigt bleiben, weil Art. 842 OR von Schaden und Gefährdung der Genossenschaft spricht? Man darf hier nicht übersehen, dass der auf der Siloverbotszulage beruhende Vorteil für die einzelnen Genossenschafter nur dank des organisierten Zusammenschlusses einzelner, nur auf Grund der Bildung des genossenschaftlichen Kollektivs realisiert werden konnte. Die genossenschaftliche Wirtschaft ist Fortsetzung jener der Mitglieder und steht mit den Mitgliederwirtschaften in derart engem Zusammenhang, dass sie ohne diese nicht denkbar ist. Wenn auch rechtlich, so hat sie doch wirtschaftlich keine Selbständigkeit, und ist das Schicksal jedes einzelnen Genossenschafters in der Sparte Milchgewinnung und -verwertung zugleich ihr eigenes. Je interessanter dieser Erwerbszweig sich für das einzelne Mitglied gestaltet, desto eher wird es bereit sein und kann ihm zugemutet werden, das Gemeinschaftswerk zu fördern. Schliesslich will das Institut der Auslösungssumme nicht die Genossenschaft als isoliertes Unternehmen, sondern letztlich und eigentlich dessen Träger, die Genossenschafter, schadlos halten. Deshalb kann keine Rolle spielen, ob sich Ausscheidensfolgen nur mittelbar oder aber unmittelbar auf diese Träger auswirken. Mithin darf auch der Wegfall bisher ausgerichteter Siloverbotszulagen der Bemessung einer Auslösungssumme zugrunde gelegt werden.

Beizufügen bleibt noch, dass die Verhältnisse hier anders liegen als bei der auf dem Käsemarkt hinzunehmenden Einbusse an Margen. Auch die Realisierung solcher Margen ist nur dank des genossenschaftlichen Zusammenschlusses möglich. Weil aber nicht marktorientierte Gewinnsteigerung primäres Anliegen der Genossenschaft sein darf, wurde diesbezüglich entschieden, die Auslösungssumme dürfe eine allfällige Margeneinbusse nur insofern erfassen, als eine solche die Ausrichtung des öffentlich-rechtlich festgesetzten Produzenten-Grundpreises und die Deckung des unvermeidbaren Aufwandes verunmögliche [44]. Demgegenüber ist der Wegfall bisheriger Siloverbotsentschädigungen unter allen Umständen zu berücksichtigen. Diese Prämie ist nicht marktbeding-

[43] Verordnung über die Förderung der Käseproduktion vom 17.12.1973, Art. 1 Abs. 1 und 2 (im Wortlaut auf S. 117, Anm. 45).

[44] Siehe oben, S. 114/115.

ter Erfolg, sondern Ausfluss staatlicher Politik, welche die mit der winterlichen Dürrfütterung verbundenen Inkonvenienzen des Milchproduzenten abgelten und honorieren will. Diese Massnahme bedeutet letztlich Verbesserung des ebenfalls staatlich festgelegten Produzenten-Grundpreises für Verkehrsmilch. - Der Staat begnügt sich nun allerdings nicht mit der Förderung von Siloverbotszonen. Sofern Käsefabrikanten der Silozone im Sommerhalbjahr ablieferungspflichtige Käse herstellen und im Winterhalbjahr ihre Milch als Aushilfsmilch abliefern, richtet ihnen die Eidgenossenschaft *Kostenbeiträge* aus[45]. Diese Beiträge gehen nun aber nicht an die Milchproduzenten, sondern an die Käsefabrikanten; an Milchverwertungsgenossenschaften demnach nur dann, wenn sie unter dem System der Lohnkäserei wirtschaften. Sind alle diese Voraussetzungen gegeben, ist diese Art Vergütung selbstverständlich in Abzug zu bringen von jenem Schaden, der auf dem Wegfall von Siloverbotszulagen beruht.

c) Umstellungskosten

Als letzter ausgleichungspflichtiger Schadensfaktor seien notwendig werdende Umstellungskosten genannt[46]. Das sind Aufwendungen für Investitionen, die angesichts des geschrumpften Mitgliederbestandes im genossenschaftlichen Betrieb getätigt werden müssen[47]. Wo immer solche Massnahmen im Interesse eines vernünftigen Fortbestandes der genossenschaftlichen Wirtschaft und damit auch zwecks tunlicher Tiefhaltung des Schadens unumgänglich sind,

[45] Verordnung über die Förderung der Käseproduktion vom 17.12.1973:

Art. 1 Abs. 1 (Siloverbotszulagen)

«Den Verkehrsmilchproduzenten in der Siloverbotszone werden, soweit Käse der Unionssorten, vollfetter Tilsiter und vollfetter Appenzeller sowie Weich- und Spezialkäse hergestellt werden, folgende Siloverbotszulagen ausgerichtet:

a) eine Grundzulage von 3 Rappen je Kilogramm auf der in den Monaten November bis März in die Sammelstellen eingelieferten Milch
b) eine Sonderzulage von 4 Rappen je Kilogramm auf der in den Monaten November bis März verkästen Milch.»

Art. 3 Abs. 1 und 2 (Kostenbeiträge)

«Zur Aufrechterhaltung der Betriebsbereitschaft von Käsereien in der Silozone werden den Fabrikanten Kostenbeiträge ausgerichtet, sofern sie im Sommerhalbjahr ablieferungspflichtige Käse herstellen und im Winterhalbjahr ihre Milch als Aushilfsmilch abliefern.

Der Kostenbeitrag beträgt 1 Rappen je Kilogramm auf der im Sommerhalbjahr verkästen sowie auf der im Winterhalbjahr als Aushilfsmilch abgelieferten Milch.»

[46] Vgl. RINGWALD L., S. 175.

[47] Laut Angaben aus Fachkreisen soll für Käsereigenossenschaften allerdings eine Produktionsumstellung auf Käsesorten mit kleineren Mulchen kaum je in Frage kommen. Gestützt auf die Verordnung über die Verwertung der Verkehrsmilch vom 30.4.1957 ist die Produktionsart gebietsweise öffentlich-rechtlich festgelegt; von dieser Ordnung würden kaum je Ausnahmen bewilligt, sagt man.

sollen die daherigen Kosten für die Bemessung einer Auslösungssumme grundsätzlich in Anschlag gebracht werden dürfen. Inwieweit der Ausscheidende als Verursacher dafür einzustehen hat, ist später zu beantworten. Hier seien vorerst nur die unterschiedlichen Ursachen auseinandergehalten, auf denen Umstellungskosten beruhen mögen. Einmal ist denkbar, dass die bestehenden Anlagen ganz oder teilweise durch solche ersetzt oder ergänzt werden müssen, welche auf die fortan geringere Kapazität des genossenschaftlichen Betriebes zugeschnitten sind. Ferner ist aber auch möglich, dass die bestehenden Anlagen weder zu ersetzen noch zu ergänzen sind,sondern lediglich reparaturähnlicher Vorkehren bedürfen.

2. Die Erheblichkeit des Schadens

a) Der erhebliche Schaden

Nach herrschender Auffassung wird die Erheblichkeit des Schadens mit dessen quantitativem Ausmass in Verbindung gebracht. Zur Veranschaulichung wird etwa vom Ausscheiden «eines der prominentesten Milchlieferanten» gesprochen [48]. Unter Hinweis auf das gesetzlich verwendete Begriffspaar «Erheblichkeit des Schadens» und «Gefährdung des Fortbestandes» wird andernorts gefordert, Erheblichkeit dürfe nicht leichthin angenommen werden [49]. Deutlich ist auch die folgende Äusserung: «In grossen Genossenschaften mit relativ geringen Leistungen der Mitglieder wird ... ein einzelner Austritt nicht allzu stark ins Gewicht fallen, und es wird sich oft keine oder nur eine unbedeutende Auslösungssumme rechtfertigen. Dagegen wird diese angebracht sein, sobald eine Mitgliederflucht einsetzt und die Austritte lawinenartig erfolgen, denn hier geht es um nichts Geringeres als um die Existenz der Genossenschaft [50].» Alle diese Autoren vertreten die Ansicht, das gesetzliche Kriterium der Erheblichkeit des Schadens visiere dessen quantitatives Ausmass an. Soweit man sieht, blieb diese Auffassung bisher unwidersprochen. Dann geschehe es hier erstmals. – Abzustellen ist nämlich auf den «nach den Umständen ... erheblichen Schaden». Dieser Wortlaut bietet Raum, die Qualität des Schadens zu berücksichtigen. Genossenschaften, die darauf angewiesen sind, dass ihre Einrichtungen von den Beteiligten möglichst intensiv benutzt werden, und welche ihre Kalkulation auf ein bestimmtes Mindestmass solcher Inanspruchnahme abstützen, werden durch das Ausscheiden eines noch so

[48] Gutzwiller Max, Kommentar, N. 8 zu Art. 842/843 OR.
[49] Forstmoser Peter, Kommentar, N. 33 zu Art. 842 OR.
[50] Gutknecht Hermann, S. 66; Ringwald L., S. 174, im Anschluss an Gutknecht fast wörtlich gleich wie dieser.

kleinen Benutzers in dieser ihrer Rechnung tangiert. Die wirtschaftliche Basis der Genossenschaft wird – wenn auch in noch so geringem Ausmass geschmälert, weil ein spezifischer Genossenschafterbeitrag entfällt. Nur diese Auslegung und Anwendung vermag vor dem Gebot der Gleichbehandlung standzuhalten. Anders könnte die stossende und unbillige Situation eintreten, dass ein erster «kleiner» Genossenschafter sich völlig unbehelligt seiner Pflichten zu entledigen vermag, währenddem die nächsten drei ebenso «Kleinen», die gleichzeitig ausscheiden, ersatzpflichtig werden. Sollen diese letzteren drei nur deshalb zu finanziellem Ausgleich herangezogen werden, weil sie – vielleicht sogar zufälligerweise und unabhängig voneinander im selben Zeitpunkt ausscheiden? Ein Resultat, das dem Gebot der Gleichbehandlung nicht gerecht zu werden vermag! Es besteht kein Grund dazu, Genossenschafter mit geringeren Leistungen von der Zahlungspflicht auszunehmen. Ihr bescheideneres Gewicht wird in der Bemessung der Auslösungssumme entsprechende Berücksichtigung erfahren.

Erheblichkeit des Schadens bedeutet mithin nichts anderes als *Betroffenheit der Genossenschaft in ihrem spezifischen Wirtschaftsgang*, Betroffenheit der Konzeption, wie gewirtschaftet und wie kalkuliert wird. Abstellen auf das quantitative Schadensausmass kann nicht in Frage kommen. Die Frage danach, wo die untere, eine Ersatzpflicht erstmals begründende Schadenshöhe zu fixieren wäre, muss angesichts des Gleichbehandlungsgebotes gar nicht gestellt werden.

b) Die Gefährdung des Fortbestandes der Genossenschaft

Man kann sich die Frage stellen, ob dieses Kriterium auch ein Absinken der Mitgliederzahl unter sieben erfasse. Vereinzelt wird das bejaht mit der Begründung, gestützt auf Art. 831 OR könnten alsdann die Gläubiger die Auflösung der Genossenschaft durch den Richter verlangen [51].

Diese Interpretation ist abzulehnen. Die alleinige Tatsache, dass die Genossenschafterzahl durch einen Mitgliederabgang unter sieben sinkt, darf nicht als Schadensfaktor der Bemessung einer Auslösungssumme zugrunde gelegt werden. Wie wäre dieser Nachteil ziffernmässig zu erfassen und sein Ausgleich zu bemessen? Die Forderungen der Gläubiger könnten deshalb nicht massgebend sein, weil die Auslösungssumme mit bestehender persönlicher Haftung nichts zu tun hat und noch weniger eine fehlende solche ersetzen darf. Bedenkt man, dass die Bezahlung einer Auslösungssumme am eigentlichen Gefahrenherd, dem personellen Unterbestand, nichts, aber auch gar nichts änderte, muss erst

[51] Ringwald L., S. 172.

recht abgelehnt werden, dass sie mit solcher Begründung eingefordert werden darf. Denn es ist offensichtlich, dass sie dann mit Sicherheit prohibitiv ausfiele. Zwecks Erhaltung des Mindestmitgliederbestandes um jeden Preis würde doch allerorts versucht werden, Austrittswillige durch Inaussichtstellen einer massiven Zahlungspflicht von diesem Schritt abzuschrecken. Gelänge dies nicht, würde der personelle Unterbestand Tatsache, und die Gefahr, dass Gläubiger die richterliche Auflösung der Genossenschaft verlangen könnten, bliebe bei noch so grossen Auslösungszahlungen latent bestehen. Ein Beispiel dafür, dass sich der Wert der persönlichen Beteiligung nicht überall durch Geld ersetzen lässt.

Mit dem gesetzlichen Merkmal der Gefährdung des Fortbestandes will deshalb nichts anderes ausgedrückt sein als der Extremfall des drohenden wirtschaftlichen Ruins. Überflüssig ist dieser Vermerk nicht. Vielmehr bietet er Handhabe, dem allfälligen Einwand des belangten Ausscheidenden, die Genossenschaft sei sowieso nicht mehr lebensfähig, die Spitze zu brechen. Ein Beteiligter soll sich seiner Zahlungspflicht nicht dadurch entziehen können, dass er eine tatsächlich prekäre Wirtschaftslage der Genossenschaft dartun kann. Das Merkmal der Gefährdung des Fortbestandes der Genossenschaft beinhaltet somit nichts anderes als Erheblichkeit von Schaden in qualitativer Hinsicht; *hinzu tritt hier das Kriterium quantitativer Art*, sei es, dass der bisherige Beitrag des Ausscheidenden für die Genossenschaft absolut tragend und lebenswichtig war, sei es, dass er genau so gering war wie der jedes andern Beteiligten, aber angesichts der angeschlagenen wirtschaftlichen Verhältnisse der Genossenschaft für diese durch sein künftiges Ausbleiben den Todesstoss bedeutete.

§ 12 Die Bemessung der Auslösungssumme

Die Frage nach der Bemessung der Auslösungssumme ist wohl eine der schwierigsten des ganzen Komplexes. Belegt wird diese Aussage bereits durch die Tatsache, dass sie in der Praxis offenbar verschieden beantwortet wird, indem mitunter Beträge gefordert werden, die vergleichsweise erheblich differieren. Mit Bezug auf die Milchverwertungsgenossenschaften nennt die Kartellkommission einen Spielraum zwischen Fr. 20.– und Fr. 25000.–[1]. Hiezu ist allerdings sogleich zu bemerken, dass Beträge bis Fr. 200.– durchwegs Statuten entstammen, welche die Auslösungssumme als zum voraus bestimmte, absolute Grösse festlegen. Dort, wo die Ersatzleistung in Relation gesetzt wird zu

[1] Milchgutachten, S. 75.

bestimmten Rechnungseinheiten (Milcheinlieferung, Viehbestand), bewegt sich die Auslösungssumme zwischen Fr. 300. und Fr. 3000.–. Die erwähnten Fr. 25000.– schliesslich sind das Ergebnis eines Schiedsverfahrens; die ursprüngliche Forderung hatte Fr. 95000. betragen! Mit diesen Angaben will lediglich auf die Schwierigkeiten der Bemessung hingewiesen sein. Sicher ist, dass ihr Ergebnis von Genossenschaft zu Genossenschaft, aber auch in jedem einzelnen Fall verschieden ausfallen wird; wenn sie nur überall und stets nach einheitlichen Gesichtspunkten vorgenommen wird!

I. Die Angemessenheit

Gemäss Art. 842 Abs. 2 OR hat die Auslösungssumme angemessen zu sein, wie dies bereits Art. 831 Abs. 3 E III vorgesehen hatte. Wenn GYSIN mit Blick auf diesen Entwurf die Ansicht vertrat, damit werde die Angemessenheit der statutarischen Bestimmung gefordert[2], befand er sich hierin zweifellos im Irrtum[3]. Seine Äusserung ist aber für eine damals wahrscheinlich verbreitete Mentalität aufschlussreich, für die Meinung nämlich, die Genossenschaften würden in ihren Statuten die Auslösungssumme als bestimmten Frankenbetrag nennen und für jeden Genossenschafter gleichmässig festlegen. Eine solche Konzeption kann dem Gesetzgeber aber keinesfalls vorgeschwebt haben. Dadurch, dass er die fragliche Zahlungspflicht an die Voraussetzung geknüpft hat, dass durch das Ausscheiden nach den Umständen der Genossenschaft ein erheblicher Schaden erwachse oder ihr Fortbestand gefährdet werde, hat er implizit eingeräumt, dass dies nicht durchwegs und allerorts gleichmässig der Fall sein müsse. Ging er aber von variabler Schadensverursachung aus, dann musste er – in Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze – festlegen, dass die Ersatzleistung jeweils dem konkreten Schaden zu entsprechen habe. Diese Anordnung hat er mit der Bestimmung getroffen, die Auslösungssumme habe «angemessen» zu sein.

II. Die Festsetzung des Schadens

1. Die verschiedenen Arten von Schaden

Bisher wurde nach der Herkunft schädlicher Ausscheidenswirkungen geforscht. Dabei hat sich gezeigt, dass neben einmaligem Schaden infolge Umstellungskosten jährlich wiederkehrender Schaden erwachsen kann. Wahrscheinlich dürfte in der Mehrzahl der genannten Fälle nur Schaden der zweitgenann-

[2] GYSIN ARNOLD, Ergebnisse, S. 373.
[3] Gl. M. FORSTMOSER PETER, Kommentar, N. 36 zu Art. 842 OR.

ten Art zur Diskussion stehen. Der grundsätzliche Entscheid, für wie viele Jahre ein Ausscheidender für solchen Schaden einzustehen hat, fällt in den Bereich der Schadensfestsetzung; er ist von ebenso grosser Schwierigkeit wie Tragweite.

Ausscheidensschaden lässt sich aber nicht nur nach diesem Gesichtspunkt gliedern. Notwendig ist auch eine Scheidung nach dem Kriterium, ob bestimmte Ausscheidensfolgen jedem Mitgliederabgang anhaften oder nicht. Mit jeder Schrumpfung des Mitgliederbestandes ist konstanter, unvermeidbarer Aufwand immer wieder auf einen kleineren Kreis von Trägern zu verlegen. Demgegenüber entfallen Siloverbotszulagen und erwachsen Umstellungskosten nur einmal; dann nämlich, wenn das potentielle Zulieferungsvolumen die Mindestgrenze unterschreitet. Diese Tatsache wird unter dem Gesichtspunkt der Bestimmung des Ersatzes Berücksichtigung finden müssen.

2. Die Festsetzung des Schadens pro Jahr

Jährlich wiederkehrender Schaden ist anhand der Betriebsrechnung festzustellen. Diese dürfte sich regelmässig auf die Zeitspanne eines Jahres beziehen. Sollte dies aus irgendwelchen Gründen einmal nicht der Fall sein, sind für die Bemessung einer Auslösungssumme eigens Jahresbetriebsrechnungen zu erstellen, damit die künftige Einbusse pro Jahr festgestellt werden kann. Dadurch soll verhindert werden, dass saisonbedingte Schwankungen zu einseitigen und unrealistischen Ergebnissen führen; gerade im Bereich der Urproduktion ist die Abhängigkeit wirtschaftlicher Betriebe von den Jahreszeiten augenfällig. Durch Zugrundelegung von Jahresergebnissen werden solche Unregelmässigkeiten neutralisiert und wird massgebend das Resultat einer ausgewogenen Zeiteinheit des betrieblichen Haushaltes. Unbefriedigend bliebe aber, bloss auf die Verhältnisse unmittelbar vor dem Ausscheidenszeitpunkt abzustellen. Kriterium darf nicht allein das letzte dem Ausscheiden vorangehende Jahr sein, vielmehr soll der Jahresdurchschnitt einer längeren Periode herangezogen werden. Dies gilt in zweifacher Hinsicht: sowohl für die Errechnung des Aufwandes und des Ertrages der Genossenschaft als auch für die Feststellung des Ausmasses, in welchem der Ausscheidende die genossenschaftlichen Einrichtungen in Anspruch genommen hat. Letzteres ist für alle jene Genossenschaften unumgänglich, deren Einrichtungen nicht von allen Mitgliedern gleich- und regelmässig benutzt werden, demzufolge auch die Lastenverteilung unterschiedlich ausfällt für jeden einzelnen und von Jahr zu Jahr. Der Einbezug der letzten fünf Jahre dürfte wohl in den meisten Fällen zu gerechten und billigen Durchschnittswerten führen. Auf eine noch längere Periode abzustellen wird sich nur in solchen Verhältnissen aufdrängen, da die verschiedenen Faktoren von Jahr zu Jahr ausserordentlich stark differieren. In Zeiten namhaft anhaltender Teuerung muss man sich dann aber bewusst sein, dass die Durchschnittswerte – zumindest

der Erfolgsrechnung – desto schwächer ausfallen, je mehr zurückliegende Jahre herangezogen werden.

Soviel als Ergänzung zu diesem Aspekt der Schadensfestsetzung. Von grösster Bedeutung ist nun die weitere Frage, für welche Zeitspanne ab Untergang der Mitgliedschaft der Ausgeschiedene für diesen jährlichen Schaden ausgleichungspflichtig sei.

3. Die Festlegung der Einstandsdauer

1. Mitunter wird die Ansicht vertreten, die jährliche Einbusse dürfe höchstens für fünf Jahre geltend gemacht werden, weil gemäss Art. 843 Abs. 1 OR der Austritt auf höchstens fünf Jahre ausgeschlossen werden könne[4]. Diese Auffassung erweist sich als unrichtig. Ihre Konsequenz wäre nämlich, dass nicht mit einer Auslösungssumme belangt werden könnte, wer der Genossenschaft während mindestens fünf Jahren die Treue gehalten hat. Eine gesetzliche Bestimmung dieses Sinnes fehlt. Hätte diese Idee dem Willen des Gesetzgebers entsprochen, wäre ihre positive Formulierung unumgänglich gewesen. Erneut ist auf die Verschiedenheit jener beiden Fragen hinzuweisen, einerseits, ob einem Genossenschafter zugemutet werden kann, tatsächlich im Verband zu verbleiben, andererseits, inwieweit Schaden infolge Ausscheidens wettzumachen ist. – Wenn aber *die fünfjährige Bemessungsperiode nicht in Frage kommt*, welche andere dann?

2. Anhaltspunkte bestehen bei *Genossenschaften*, die *auf bestimmte Zeit begründet* sind. Hier liegt die Überlegung nahe, jeder Beteiligte habe sich im Vertrauen auf die Treue aller andern auf eine genossenschaftliche Aktion bestimmten Umfanges und bestimmter Dauer eingelassen. In solchen Verhältnissen ist sicher richtig, den Ausscheidenden bis zum vorgesehenen Genossenschaftsende einstehen zu lassen.

3. Nun sind aber die *Genossenschaften* wohl in den meisten Fällen *auf unbestimmte Zeit begründet*. Was soll hier massgebend sein, wo jegliche Befristung des Gemeinschaftswerkes fehlt?

Anhaltspunkte liefert hier der *Kern des genossenschaftlichen Betriebes*, um dessen willen sich die einzelnen im Verband organisiert haben. Gemeint ist die der Genossenschaft wesentlichste Einrichtung: die eigentliche Käsereianlage, der Grastrocknungsofen, der Mähdrescher, die Obstpresse, der zentrale Heizkessel. Es handelt sich stets um jenes Objekt, um dessen Haltung oder Betrieb willen sich die Genossenschaft formiert hat. Alle diese Einrichtungen haben eine objektiv feststellbare, durchschnittliche Lebensdauer, deren sich die Gründer bewusst sein mussten, da sie ausschlaggebend war für die Ausgestaltung der

[4] RINGWALD L., S. 175; Milchgutachten, S. 73.

genossenschaftlichen Wirtschaft; ausschlaggebend insbesondere für die Regelung der Schuldentilgung und der Rückstellungen zwecks Erneuerung. Wurde in solchen Verhältnissen der gemeinsamen Aktion nicht zum voraus ein zeitliches Ende gesetzt, war ihr zumindest von der Einrichtung, vom tragenden Kern her ein massgebender Rhythmus inhärent und gegeben. Durch die Tatsache aber, dass die Genossenschaft auf unbestimmte Zeit begründet wurde, war von allem Anfang an auch unterstellt, dass die Lebensdauer des Kerns für den Bestand des Ganzen nicht massgebend sein sollte.

In solchen Verhältnissen rechtfertigt es sich, Ausscheidende für die jährliche Einbusse während der objektivierten Lebensdauer dieses Einrichtungskerns zu behaften. Unerheblich muss bleiben, ob der Einstandspflichtige Gründer war oder später Hinzugestossener, wie lange er der Genossenschaft angehört hat und wie nahe die genossenschaftliche Einrichtung dem Ende ihrer objektivierten oder tatsächlichen Lebensdauer steht. Diese Methode wird dem Gleichbehandlungsgebot in hohem Masse gerecht. Weder bevorzugt sie die Gründer vor den später Hinzugestossenen, noch begünstigt sie die Untreuen, die angesichts baldigen Erneuerungsbedarfes der Einrichtungen zur Fahnenflucht neigen, gegenüber den Fortsetzungswilligen. Dadurch, dass ein objektiviertes Kriterium massgebend ist, wird weder der Kühne noch der Zauderer, noch der Berechnende besser behandelt. Sie alle haben für die gleiche Zeitspanne einzustehen, worin sich gewissermassen die Unabhängigkeit kausaler Einstandspflicht vom Willensmoment widerspiegelt.

Man mag dieser Berechnungsmethode vorwerfen, sie mute abstrakt und künstlich an, sie berücksichtige insbesondere nicht die Dauer bisheriger Mitgliedschaft. Hiezu ist zu bemerken, dass das langjährige Mitglied eben auch während längerer Zeit von den Vorteilen genossenschaftlicher Wirtschaft profitiert hat, von einem Gemeinschaftswerk, das für die Beteiligten zu den Selbstkosten arbeitete und ihnen nicht mehr und nicht weniger in Rechnung stellte, als zur Führung und Erhaltung des Betriebes gerade notwendig war. Vorausgesetzt, dass echt genossenschaftliche Grundsätze beachtet wurden, zog der Verband aus älterer Mitgliedschaft keinen grösseren Vorteil als aus jüngerer. In beiden Fällen wurde vom Mitglied nur so viel gefordert, als zur Deckung des unumgänglichen Aufwandes notwendig war. Deshalb ist es gerechtfertigt, jeden Ausscheidenden an ebendieser Last im hergebrachten Ausmass gleich zu beteiligen, und zwar während jener Zeitspanne, die sich aus dem objektivierten Lebensrhythmus des Kerns der genossenschaftlichen Einrichtungen, dem Essentiellen des Gemeinschaftswerkes, ergibt. Dieses Vorgehen verwirklicht gerade auch dann die erwünschte und billige Gleichbehandlung, wenn angesichts schlechteren Geschäftsganges mehrere Mitglieder gegen den Ausgang des in Krise geratenden Unternehmens drängen. Gerade in dieser Situation wäre es

stossend, wenn für sich eine Bevorzugung ableiten könnte, wer von den Vorteilen genossenschaftlicher Wirtschaft während längerer Zeit profitiert hat, als dies andere taten.

Das heisst nun keineswegs, dass jeder Ausscheidende dieselbe Auslösungssumme zu bezahlen hätte. Für deren Höhe ist letztlich massgebend, *in welchem Ausmass der einzelne* die genossenschaftlichen Anlagen benutzt und damit *an der Tragung der Lasten des gemeinsamen Haushaltes partizipiert hatte.*

4. Die nach der soeben beschriebenen Methode festgelegte Einstandsdauer muss in allen jenen Verhältnissen unverändert und vollumfänglich zur Anwendung gelangen, wo die Mitgliedschaft statutarisch vererblich erklärt oder mit Grundeigentum dinglich verknüpft ist. Überall hier ist die Person des Genossenschafters in den Hintergrund gedrängt; im Vordergrund der Mitgliedschaft steht ein für die Genossenschaft relevantes wirtschaftliches Objekt. Solche Rechtskonstruktion schafft Unabhängigkeit der Mitgliedschaftsstelle von der Person des Genossenschafters – insbesondere von dessen Ableben – und bewirkt insofern gewissermassen deren «Verewigung». In Genossenschaften aber, deren Statuten weder Vererblicherklärung noch Verknüpfung mit Grundeigentum kennen, darf nun nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Ausscheiden infolge Todes nach Gesetz auslösungsfrei gehalten wird. In solchen Verhältnissen hat die *mittlere Lebenserwartung des Ausscheidenden* an die Stelle der objektivierten Lebensdauer des Kerns der genossenschaftlichen Anlage zu treten, wenn sie kleiner ist als diese [5].

5. Ist die Einstandsdauer einmal festgelegt, weiss man, für welche Zeitspanne der Ausscheidende einen jährlich wiederkehrenden Schaden auszugleichen hat. Er muss dies in Form einer einmaligen Kapitalabfindung tun; der Terminus «Auslösungssumme» lässt hierüber keine Zweifel zu. Mit andern Worten heisst dies, das als Auslösungsschaden errechnete Jahresbetreffnis sei zu kapitalisieren. Für Genossenschaften, deren Einrichtungen von den Mitgliedern während des ganzen Jahres benutzt werden, ist es richtig, den errechneten Jahresschaden als Total monatlich vorschüssiger Teilbeträge zu betrachten. Alsdann bleibt noch der Zinsfuss zu bestimmen, welcher der Kapitalisierung zugrunde gelegt werden soll. 5% dürfte wohl in den meisten Fällen als allseits tragbarer und billiger Entscheid gelten. Beim geschilderten hypothetischen Beispiel der Grastrocknungsanlage würde man also bei einer jährlichen Einbusse von Fr. 1150.– und einer objektivierten Lebensdauer des Grastrocknungsofens von fünfzehn Jahren zu einer Auslösungssumme von Fr. 12257.50 kommen.

6. Bezüglich entfallender Schuldenamortisation drängt sich besondere Rücksichtnahme auf. Erweist sich die mutmassliche Tilgungsdauer – gemessen am

[5] Die «mittlere Lebenserwartung» kann entnommen werden: Stauffer Schaetzle, Barwerttafeln, 3. Auflage, Zürich 1970, Tabelle 61, S. 390.

bisherigen Schritt – als kürzer als die allgemeine, grundsätzlich festgelegte Einstandsdauer, dann ist das jährliche Amortisationsbetreffnis des Ausscheidenden gesondert auf ebendiese kürzere Zeit zu kapitalisieren. Anders würde der Ausscheidende zu Zahlungen verhalten, deren Grundlage – die Schulden – infolge Tilgung bereits entfallen ist.

III. Die Bestimmung des Ersatzes

Die Auslösungssumme ist Schadenersatzleistung, auf Grund vertraglich vereinbarter Kausalhaftpflicht geschuldet. In der schweizerischen Rechtsordnung wird die Frage der Ersatzbemessung für zugefügten Schaden, vertraglichen und ausservertraglichen, verschuldeten und kausal verursachten, von den allgemeinen Regeln der Art. 43 ff OR beherrscht, besondere Vorschriften der weiteren Gesetzgebung stets vorbehalten [6]. Im Rahmen der Bemessung einer Auslösungssumme sind demnach allfällige Herabsetzungsgründe der genannten Ordnung stets zu berücksichtigen. Gestützt auf Art. 44 OR seien namentlich erwähnt: ein allfälliges Selbstverschulden der Genossenschaft und eine allfällige Notlage des Ausscheidenden.

1. Das Selbstverschulden der Genossenschaft

Selbstverschulden der Genossenschaft, das zwar nicht geeignet ist, die Adäquanz des Kausalzusammenhanges zwischen dem Ausscheiden eines Mitgliedes und den daherigen Schadensfolgen zu unterbrechen und damit dessen Haftpflicht grundsätzlich auszuschalten [7], mag allenfalls dazu angetan sein, wenigstens den Umfang der Einstandspflicht des Haftenden zu ermässigen.

Als Selbstverschulden der Genossenschaft käme etwa eine Erhöhung der Beitrags- und Leistungspflicht der Mitglieder in Frage, berücksichtigt man, dass die Einführung oder Vermehrung von Haftung und Nachschusspflicht von Gesetzes wegen sogar Exzeptionsgrund ist [8]. Dieser gesetzlich gewährten Auslösungsfreiheit erwuchs allerdings Kritik: bleibe der fristgerecht kündigende Genossenschafter schon von der beschlossenen Mehrbelastung verschont, sei ihm um so mehr zuzumuten, eine Auslösungssumme zu erlegen [9]. So bestechend diese Argumentation auf den ersten Blick erscheint, sie lässt unberücksichtigt, dass ein Genossenschafter grundsätzlich ein namhaftes Interesse haben mag, dem Verband anzugehören; sie gibt sich nicht Rechenschaft darüber, dass im

[6] Guhl/Merz Kummer, S. 80 ff, insbesondere S. 93 ff; Oftinger Karl, S. 263; vgl. auch Art. 99 Abs. 3 OR.
[7] Siehe oben, S. 91.
[8] Art. 889 Abs. 3 OR.
[9] Miescher Ruth, S. 49/50.

konkreten Einzelfall eine Erhöhung der Leistungspflicht an die Grenzen des Zumutbaren stossen kann, angesichts welcher Veränderung dem einzelnen Mitglied der Verzicht auf bisher gezogene Vorteile als kleineres Übel erscheint; sie übergeht, dass ein daheriger Entschluss eines Genossenschafters, seine Beteiligung zu quittieren, für diesen auch schmerzlich sein kann. Schwer zu sagen, ob der Gesetzgeber mit der Gewährung absoluter Auslösungsfreiheit infolge Einführung oder Vermehrung persönlicher Haftung oder Nachschusspflicht den idealen Ausgleich zwischen widerstrebenden Interessen gefunden hat. Die Hintergründe hingegen, welche im Laufe der Revisionsarbeiten diese Auslösungsfreiheit Boden fassen liessen, sind aufschlussreich. Sie weisen den Weg, auf dem in allen andern Fällen von Erhöhung der Leistungspflicht ein gerechter Ausgleich zu suchen ist. Forderte Art. 824 Abs. 2 E I für eine Neubegründung oder Vermehrung von Haftung oder Nachschusspflicht noch die Zustimmung sämtlicher Genossenschafter, ging Art. 877 E III auf drei Vierteile ebendieses Quorums zurück und gewährte – eindeutig als Ausgleich zur herabgesetzten Anforderung – dem Nichtzustimmenden Auslösungsfreiheit. Diese Idee war im Schosse der Expertenkommission geboren [10], von der nationalrätlichen Kommission aber ausdrücklich verworfen worden [11]; trotzdem wurde sie mit Art. 889 OR geltendes Recht. Diese historische Gesetzwerdung birgt ein Körnchen Wahrheit, den zutreffenden Rechtsgedanken nämlich, auf den einzelnen sei desto mehr Rücksicht zu nehmen, mit je geringerer Mehrheit aller eine allgemeine Mehrbelastung der Mitglieder zustande kommt. Diese Erwägung wird nun dort Platz greifen dürfen, wo zu entscheiden ist, ob unqualifizierte [12] Erhöhungen von Beitrags- und Leistungspflicht eine Ermässigung der Auslösungssumme rechtfertigen. Darüber hinaus muss zweifellos Berücksichtigung finden, in welchem Ausmass die Erhöhung stattfand, und sicher eben auch, welche Vorteile das Gemeinschaftswerk dem einzelnen bietet. Selbstverständlich ist stets primäre Voraussetzung, dass die fragliche Mehrbelastung für das Ausscheiden des betreffenden Genossenschafters überhaupt kausal war.

Selbstverschulden am Bruch mitgliedschaftlicher Beziehungen könnte eine Genossenschaft ferner dann treffen, wenn sie für interne Missstände materieller oder personeller Art eindeutig als verantwortlich erscheint. In Betracht fallen jedoch nur die Verhältnisse betriebsbedingter, genossenschaftsbezogener Bereiche, Umstände nämlich, für die die Genossenschaft einstehen muss [13]. Damit

[10] Protokoll, S. 614ff, insbesondere S. 616–619.

[11] Sten Bull NR *1934* 772: «Die Kommission ... beantragt daher, ausdrücklich zu sagen, dass ein Anspruch der Genossenschaft auf Bezahlung einer Auslösungssumme durch dieses ausserordentliche Austrittsrecht nicht hinfällig wird.»

[12] «Unqualifiziert» insofern, als sie nicht Haftung oder Nachschusspflicht zum Gegenstand haben.

[13] Vgl. Art. 44 Abs. 1 OR.

scheiden insbesondere alle Streitigkeiten zwischen einzelnen Genossenschaftern aus, deren Gegenstand ausserhalb des genossenschaftlichen Bereiches liegt.

2. Die schadenserhöhende Prädisposition des Betriebes

Man hat gesehen, dass in seltenen Fällen das Ausscheiden von Genossenschaftern in einmaliger Weise Schadenswirkungen zeitigen mag, die bei früheren Mitgliederabgängen nie eingetreten sind und sich bei späteren nicht wiederholen werden: den Wegfall bisher ausgerichteter Siloverbotszulagen und das Erwachsen von Umstellungskosten. Solche Ausscheidenswirkungen sind insofern einmalige Ausnahmen, als sie nicht als regelmässige Folge jeden Ausscheidensfall begleiten, sondern nur dann eintreten, wenn sich jenes Wirtschaftspotential, auf dem der genossenschaftliche Betrieb im wesentlichen beruht, nahe der kritischen Mindestgrenze befindet. Für diese Tatsache nun, dass der nächste Mitgliederabgang die betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Gemeinschaftswerkes derart einschneidend tangiert, kann der effektive Verursacher solcher Folgen billigerweise nicht allein verantwortlich gemacht werden. In solchen Verhältnissen ist vom Vorliegen einer schadenserhöhenden Prädisposition des geschädigten Objektes auszugehen, einem Faktor, den die herrschende Lehre als Reduktionsgrund für die Schadenersatzbemessung anerkennt [14]. Dass sie dies regelmässig im Zusammenhang mit Körperschaden tut, steht einer analogen Anwendung dieses Gedankens auf andere Schadensbereiche nicht im Wege, wenn dadurch Gerechtigkeit geschaffen wird. Jedenfalls trifft der Begriff schadenserhöhender Prädisposition den fraglichen Sachverhalt präziser als etwa jener der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache [15].

Die Anerkennung des Vorliegens schadenserhöhender Prädisposition des geschädigten Objektes bedeutet nun, dass der effektive Verursacher für die entsprechenden Folgen nicht allein soll aufkommen müssen, dass vielmehr alle Beteiligten dafür einzustehen haben, dass ihr Gemeinschaftswerk gegenüber allfälligem Mitgliederabgang eine aussergewöhnliche und aggravierende Empfindlichkeit aufweist. An einmaligem Schaden dieser Art sind alle im Ausscheidenszeitpunkt vorhandenen Genossenschafter zu beteiligen. Dabei soll nach dem Mass der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen repartiert werden, wobei auch hier auf den Durchschnitt mehrerer zurückliegender Jahre abzustellen ist.

Der Ausscheidende hat den auf ihn entfallenden Anteil an Umstellungskosten im Rahmen seiner - eventuell noch weitergehenden – Auslösungssumme zu bezahlen. Hingegen ist die Genossenschaft frei, die entsprechenden Betreffnisse von den Verbliebenen einzufordern. Möglicherweise befähigen sie früher getä-

[14] Oftinger Karl, S. 280.
[15] Vgl. Oftinger Karl, S. 249.

tigte Rückstellungen, die notwendigen Mittel aus dem Genossenschaftsvermögen aufzubringen.

Bezüglich Wegfalls bisheriger Siloverbotszulagen ist anhand von Erfahrungswerten zu errechnen, welches Total solcher Zulagen allen Verbleibenden - Ausscheidender exklusive - pro Jahr inskünftig entgehen wird. Dieses Jahrestotal ist nach Massgabe der Benutzung der genossenschaftlichen Einrichtungen auf alle Genossenschafter Ausscheidender inklusive - zu repartieren. Das Betreffnis des Ausscheidenden ist nach den früher aufgestellten Grundsätzen zu kapitalisieren [16], wobei von jährlich nachschüssigen Zahlungen auszugehen ist.

Beispiel [17]:

Anzahl Genossenschafter (+)	8
Total Milcheinlieferungen pro Jahr (+)	kg 360 000
Total Milcheinlieferungen pro Jahr (–)	kg 300 000
Total Milcheinlieferungen pro Jahr des Ausscheidenden	kg 60 000
Total Milcheinlieferungen November–März (–)	kg 120 000
Total verkäst November–März (–)	kg 120 000
Total Siloverbotszulagen pro Jahr (–)	
Grundzulagen 3 Rp./kg = Fr. 3600.–	
Sonderzulagen 4 Rp./kg = Fr. 4800.–	Fr. 8 400.—
Anteil des Ausscheidenden pro Jahr = 1/6	Fr. 1 400.—
Anteil des Ausscheidenden kapitalisiert,	
z. B. auf fünfzehn Jahre	Fr. 14 531.50

Handelt es sich um eine selbstverwertende Genossenschaft (Lohnkäserei) und sind die Voraussetzungen gegeben, dass sie inskünftig Kostenbeiträge erhält [18], stellt sich die Rechnung wie folgt dar:

Total Siloverbotszulagen pro Jahr (–)	Fr. 8400.—
Total Kostenbeiträge pro Jahr (–)	Fr. 3000.—
Total Schaden für die Verbleibenden pro Jahr	Fr. 5400.—
Anteil des Ausscheidenden pro Jahr = 1/6	Fr. 900.—
Anteil des Ausscheidenden kapitalisiert,	
z. B. auf fünfzehn Jahre	Fr. 9341.70

Nicht nur, dass es gerecht und billig ist, in Verhältnissen der geschilderten Art alle Beteiligten an einmaligem Schaden partizipieren zu lassen, es kann dadurch auch stossendem Rechtsmissbrauch zuvorgekommen werden. Denn es ist nicht

[16] Siehe oben, S. 122 ff.
[17] Zeichenerklärung: (+) = Ausscheidender inklusive,
(–) = Ausscheidender exklusive.
[18] Siehe oben, S. 117.

zu übersehen, dass eine Genossenschaft, die sich bestandesmässig in der Nähe der kritischen Grenze gerade noch ausreichenden Wirtschaftspotentials befindet, ein günstiger Nährboden für berechnende, egoistische Spekulationen der einzelnen Mitglieder sein könnte, würde daheriger Ausscheidensschaden einseitig verlegt. Werden sich nämlich die Beteiligten bewusst, dass das Ausscheiden des nächsten Genossenschafters unweigerlich solch tiefgreifenden Veränderungen rufen muss, dann könnte bei ihnen die Versuchung aufkommen, eine Ausschliessung zu «inszenieren», um auf dem Rücken eines einzigen Opfers – regelmässig des missliebigsten Mitgliedes – den befürchteten Zustand herbeizuführen und – was für sie wichtiger ist – zu sanieren.

3. Die Notlage des Ausscheidenden

Eine Auslösungssumme kann auch deshalb ermässigt werden, weil ein Ausscheidender durch Bezahlung des vollen Betrages in eine Notlage geriete. Weitere Voraussetzung ist allerdings, dass dieser den Schaden weder absichtlich noch grobfahrlässig verursacht hat [19], womit das Gesetz auf allfälliges Verschulden des Schädigers abstellt.

Was den *Austritt* anbelangt, kann regelmässig nicht von Verschulden des Ausscheidenden gesprochen werden, es wäre denn, dieser sei mit seiner Kündigung einer sicheren Ausschliessung durch die Genossenschaft zuvorgekommen. Abgesehen davon darf ein Austritt nicht mit Verschulden in Verbindung gebracht werden, entspricht er doch einem Verhalten, welches das Gesetz ausdrücklich billigt und als «freies» Recht jedem Genossenschafter zugesteht. Folglich ist eine allfällige Notlage für den Austretenden regelmässig Herabsetzungsgrund hinsichtlich Bemessung einer Auslösungssumme.

Was die *Ausschliessung* betrifft, erscheint auf den ersten Blick unwahrscheinlich, dass diese lediglich auf leichter Fahrlässigkeit des Ausgeschlossenen beruhen könnte. Insofern aber Ausschliessungsgründe massgebend sein sollten, die vom Willen des Mitgliedes unabhängig sind – automatisch wirkende Ausscheidensgründe der Statuten etwa –, ist denkbar[20], dass die Rechtswohltat des Art. 44 Abs. 2 OR auch im Zusammenhang mit einer Ausschliessung zum Zuge kommen könnte; aber auch hier nur dann, wenn die Bezahlung der vollen Auslösungssumme den Ausgeschlossenen in eine Notlage versetzte.

«Wann eine Notlage droht, beurteilt sich nach richterlichem Ermessen; solange pfändbares Vermögen vorhanden, kann jedenfalls davon nicht gesprochen werden [21].» Das ist eine klare Sprache. Sie bedeutet, dass der Haftpflich-

[19] Art. 44 Abs. 2 OR.

[20] Anderer Meinung RINGWALD L., S. 171, der bezüglich Ausschliessung immer ein schuldhaftes Verhalten des ausgeschlossenen Mitgliedes behauptet.

[21] OFTINGER KARL, S. 271/272.

tige schlimmstenfalls das Letzte hergeben muss, dessen Entbehrung ihm noch zugemutet werden kann. Es bleibt nun abzuklären, ob das Genossenschaftsrecht demgegenüber eine spezielle – eventuell mildere – Regelung enthält, die dieser allgemeinen vorginge; etwa dadurch, dass es eine übermässige Erschwerung des Austrittes verbietet [22].

4. Die Schranke von Art. 842 Abs. 3 OR [23]

Das Ergebnis sei gleich vorweggenommen: weder ist die genannte Schranke lex specialis zu Art. 44 Abs. 2 OR, noch begründet sie die allgemeine Pflicht, bei der Bemessung einer Auslösungssumme auf die finanzielle Leistungsfähigkeit des Ausscheidenden Rücksicht zu nehmen.

Man hat erkannt, dass die Auslösungssumme nichts anderes darstellt als zivilrechtlichen Schadenersatz, bei Austritt grundsätzlich gleichermassen geschuldet wie bei Ausschliessung. Die allgemeinen Regeln der Schadenersatzbemessung berücksichtigen aber die finanziellen Verhältnisse des Schädigers nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und in sehr engen Grenzen; neben der Tatsache einer drohenden Notlage für den Schädiger muss feststehen, dass er höchstens in leichter Fahrlässigkeit gehandelt hat [24]. Eine Spezialnorm, welche diesem Grundsatz gegenüber eine Ausnahme statuieren wollte, müsste nun genau festlegen, inwiefern die allgemeine Regel nicht gilt, und hätte ersetzende Kriterien klar zu umschreiben. Davon, dass dies mit der äusserst vagen Formel, eine übermässige Erschwerung des Austrittes durch Statuten oder Vertrag sei ungültig, geschehen wäre, kann keine Rede sein. Jede Spezialnorm müsste der subtilen Behandlung der Verschuldensfrage, welche der generellen Norm eignet, Rechnung tragen. Solches ist aber auch nicht dadurch geschehen, dass die fragliche Beschränkung im Zusammenhang nur mit dem Austritt aufgestellt wurde. Denn man hat gesehen, dass einen Austretenden ein Verschulden am Bruch des mitgliedschaftlichen Verhältnisses ebensogut treffen mag, sowenig dies bei einem Ausgeschlossenen unbedingt der Fall sein muss [25].

Die Erklärung für das fragliche Verbot in Art. 842 Abs. 3 OR findet sich auf einem ganz anderen Hintergrund. Es sei daran erinnert, wie hoch unter der Herrschaft des alten Rechts die Austrittsfreiheit gehalten und wie rigoros sie geschützt wurde. Dem Grundsatz nach sollte diese Idee vom Revisionswerk übernommen werden; die Freiheit des Austrittes erhielt – gleichsam als Leitstern – den ersten Rang unter den Austrittsbestimmungen zugewiesen. Nach-

[22] Art. 842 Abs. 3 OR.
[23] Art. 842 Abs. 3 OR: «Ein dauerndes Verbot oder eine übermässige Erschwerung des Austrittes durch die Statuten oder durch Vertrag sind ungültig.»
[24] Art. 44 Abs. 2 OR.
[25] Siehe oben, S. 130.

dem nun diese Freiheit unter dem Druck der Verhältnisse verschiedene Beschränkungen erhalten hatte, fühlte man sich offensichtlich verpflichtet, diesen Schranken ihrerseits Grenzen zu setzen, was man mit dem undifferenzierten Verbot übermässiger Erschwerung in genügender Weise zu tun glaubte. Einerseits war man sich bewusst, dass die Nachteile des Ausscheidens von Genossenschaft zu Genossenschaft und von Fall zu Fall unterschiedlich sein würden; andererseits dürfte die Meinung verbreitet gewesen sein, die Auslösungssumme werde von den Statuten als Frankenbetrag ein für allemal festgesetzt. Jedenfalls war man sich nicht bewusst, mit diesem Institut kausal geschuldeten Schadenersatz einzuführen, eine Rechtsfigur, die grundsätzlich vollen Ausgleich verursachter schädlicher Wirkung beinhaltet. Anders wäre EGGERS Postulat nicht zu verstehen, das Gesetz habe hier direkt auf die in Frage kommenden Genossenschaften zu verweisen [26]. – Auf diesem Hintergrund betrachtet, wird die Formel von Art. 842 Abs. 3 OR verständlicher.

Begreift man die Auslösungssumme als kausal geschuldeten Schadenersatz, hat das Verbot übermässiger Erschwerung – obschon nur auf den Austritt bezogen – insofern einen Sinn, als dadurch ausgedrückt sein soll, es sei verursachter Schaden auszugleichen, solcher und nur solcher, nichts anderes und nicht mehr. Damit *wird ausdrücklich ausgeschlossen, dass rein prohibitive Auslösungssummen gefordert werden können*, die beziehungslos sind, bar irgendwelcher Kriterien und unabhängig jeglicher Massgabe, eben übermässige.

§ 13 Die Realisierung der Forderung auf Bezahlung einer Auslösungssumme

I. Das zur Festsetzung der Auslösungssumme zuständige Organ

Das hier vertretene Verständnis der Auslösungssumme – Ausgleich variabler Schadensverursachung – führt zur Empfehlung, die Statuten sollten die Pflicht zur Bezahlung einer Auslösungssumme lediglich abstrakt formulieren und sich nicht zur Nennung eines konkreten Frankenbetrages herbeilassen. Es stellt sich dann aber die Frage, wer innerhalb der Genossenschaft die fragliche Forderung konkretisiere, die geschuldete Geldsumme errechne und verbindlich nenne. Die von anderen Autoren getroffene Feststellung, dass jedenfalls Milchverwertungsgenossenschaften in ihren Statuten meistens die Generalversammlung zur Festsetzung allfälliger Auslösungssummen kompetent erklärten [1], ist zu bestäti-

[26] EGGER AUGUST, Revision, S. 178a.
[1] Milchgutachten, S. 72; RINGWALD L., S. 173.

gen [2]. – Wo diese Aufgabe keinem bestimmten Organ ausdrücklich zugewiesen ist, hat die formelle Verwaltung [3] als in dieser Sache zuständig zu gelten. Jedenfalls ist dem Gesetz *nicht zwingend die Zuständigkeit der Generalversammlung* zu entnehmen. Die Sache betrifft denn auch keine rein innere Angelegenheit, welche für das künftige korporative Zusammenwirken der Genossenschafter massgebend wäre. Zur Diskussion steht vielmehr ein *Anspruch gegen Dritte*, wenn auch letztlich im mitgliedschaftlichen Verhältnis gründend. Bei dieser Sach- und Interessenlage scheint nun die formelle Verwaltung zur Konkretisierung eines solchen Anspruches als prädestiniert; die Verwaltung als jenes Organ, das den genossenschaftlichen Haushalt überwacht, in schöpferischer Weise die sachlichen und organisatorischen Massnahmen trifft und die Oberaufsicht über den Geschäftsgang hat [4]; die formelle Verwaltung hingegen, weil es sich doch um die Nachwirkung des mitgliedschaftlichen Verhältnisses handelt, was rechtfertigt, dass ein Kollektivorgan befinde, dem von Gesetzes wegen auch Genossenschafter angehören müssen.

Demgegenüber scheint man andernorts dieses Geschäft unter allen Umständen der Generalversammlung vorbehalten zu wollen mit der Begründung, der Ausscheidende habe ein Recht darauf, angehört zu werden und mitzuwirken [5]. – Diese Auffassung kann nicht geteilt werden. Hinsichtlich Austritts ist zwar richtig, dass jener Genossenschafter, der seine Mitgliedschaft aufgekündigt hat, bis zu deren Untergang das Recht geniesst, an allfälligen Generalversammlungen dieser Körperschaft teilzunehmen und sein Stimmrecht auszuüben [6]. Wie

[2] Dem Zentralverband Schweizerischer Milchproduzenten sind 16 regionale Milchverbände angeschlossen, deren Mitglieder die einzelnen Milchverwertungsgenossenschaften sind. Einzelne dieser Regionalverbände haben zuhanden ihrer Mitgliedergenossenschaften Musterstatuten ausgearbeitet. Auf Anfrage hin wurden 11 verschiedene Musterstatuten ausgehändigt, doch scheint es, dass mindestens zwei weitere Verbände ihren Mitgliedern mit Statutenvorlagen an die Hand gehen.

Von den 11 genannten Musterstatuten kennen das Institut der Auslösungssumme deren 9; davon entfallen 6 auf die alemannische (total 7 Verbände), 3 auf die romanische Schweiz (total 9 Verbände). In allen 9 Musterstatuten, die das Institut der Auslösungssumme kennen, ist deren Festsetzung der Generalversammlung übertragen.

[3] Die formelle Verwaltung als jenes gesetzlich bestimmte Kollektivorgan, das sich gemäss Art. 894 895 OR aus mindestens drei Personen, mehrheitlich Genossenschaftern und in der Schweiz wohnhaften Schweizer Bürgern, zusammensetzen muss.

[4] Vgl. oben, S. 40.

[5] Ringwald L., S. 175 176: «Abgesehen davon, dass es sich rechtfertigt, ein so wichtiges und schwieriges Geschäft nicht der Verwaltung der Genossenschaft zu überlassen, bietet diese Ordnung dem betroffenen Mitglied einen gewissen Schutz vor übertriebenen Forderungen. Einerseits gewährt die Generalversammlung sämtlichen Genossen die Möglichkeit, zur Frage der Berechtigung und Angemessenheit der Auslösungssumme ihre Meinung zu äussern und die vorgebrachten Gründe und Gegengründe abzuwägen bevor ein Beschluss gefasst wird. Anderseits steht auch dem betroffenen Mitglied das Recht zu, bei der Behandlung dieses Geschäftes mitzuwirken, insbesondere seinen Standpunkt zu vertreten. Es ist dies ein Ausfluss seiner Mitgliedschaftsrechte, welche bis zur Entlassung aus der Genossenschaft bestehen bleiben, auch wenn der Genossenschafter sein Austrittsgesuch eingereicht hat.»

[6] Vgl. Protokoll, S. 629; Hensel Eduard, S. 50; Bernheimer Ruth, S. 52/53.

wäre aber RINGWALDS Idee dort zu verwirklichen, wo die Mitgliedschaft mit der Ausübung des sie aufhebenden Gestaltungsrechtes sofort dahinfällt, etwa bei der Verlustigerklärung der Genossenschaftsrechte? In allen andern Fällen versetzte diese Auffassung die Genossenschaft überdies in ungehörigen Zeitdruck. Stets müsste eine Generalversammlung während Kündigungs- oder Rekursfrist einberufen und schlüssig werden und hätte über einen Schaden zu befinden, dessen Ausmass mitunter gar nicht kurzfristig festzustellen ist. Und schliesslich kann die Problematik handfesten Interessenkonfliktes nicht verschwiegen werden. Sollte der Ausscheidende und Haftbare tatsächlich mitstimmen dürfen? Zwar sei eingestanden, dass die Revision ein generelles Stimmrechtsverbot bei Interessenkollision – etwa analog dem vereinsrechtlichen gemäss Art. 68 ZGB – ausdrücklich abgelehnt hat. So diskussionslos und selbstverständlich ein solches im letzten Entwurf Eingang fand und so lapidar es begründet wurde [7], so bedenkenlos wurde es von den Räten fallengelassen und eliminiert [8]. Berücksichtigt man diesen historischen Werdegang, kann wohl kein anderer Schluss gezogen werden als der, ein Stimmrechtsverbot treffe einzig und allein nur die an der Verwaltung Beteiligten bei deren Entlastung, wogegen die Annahme analoger Fälle ausdrücklich verwehrt sei. Ein bedauerliches Fazit, welches die Wissenschaft verschiedentlich zu negieren suchte [9]. Gerade aber

[7] In der Expertenkommission beantragte OSTERTAG, das auch heute bestehende – Stimmrechtsverbot bezüglich Decharge der Verwaltung in Art. 881 Abs. 1 E II wie folgt zu erweitern: «Dasselbe gilt für Beschlüsse über Rechtsgeschäfte mit einem Genossenschafter für den letzteren» (Protokoll, S. 626). Dieser Antrag OSTERTAGS wurde – ohne Diskussion! angenommen (Protokoll, S. 630).

Der bundesrätliche Entwurf übernahm diesen Gedanken und statuierte in Art. 875 Abs. 3 E III: «Bei Beschlüssen über Rechtsgeschäfte mit einem Genossenschafter darf dieser sein Stimmrecht nicht ausüben», was die lapidare Begründung nach sich zog: «Das Stimmrecht ruht bei Interessenkollisionen» (Botschaft, S. 298).

[8] Sten Bull StR *1932* 227: «Art. 875, der die Ausschliessung vom Stimmrecht behandelt, entspricht dem Art. 693 der Aktiengesellschaft. Abs. 3 soll auch hier gestrichen werden, obschon (wohl eher: zumal) der Genossenschafter mit einem Stimmrecht in eigener Sache ungefährlicher ist, als der Aktionär, der den Einfluss nach seinem ganzen Aktienbesitz ausüben könnte.»

Sten Bull NR *1934* 772: «In bezug auf die Ausschliessung vom Stimmrecht ... Der Ständerat hat diese Vorschrift ... gestrichen. Wir folgen diesem Beschluss des Ständerates. Bei der Genossenschaft kommt noch die Erwägung hinzu, dass die Einzelstimme eines Genossenschafters nicht schwer ins Gewicht fallen wird.»

[9] BERNHEIMER RUTH, S. 58: «Es fragt sich, ob dieser Ausschluss der Mitglieder der Verwaltung von der Ausübung des Stimmrechtes über das Gesetz hinaus auf weitere Fälle ausgedehnt werden darf. U. E. ist Art. 887 nur insofern zwingend, als die Vorstandsmitglieder bei der Déchargeerteilung ausgeschlossen werden müssen; er will aber den Genossenschaften nicht verbieten, noch weitere Ausschlussgründe einzuführen, vorausgesetzt, dass ihnen die nämliche Sachlage zugrunde liegt, die zur Aufstellung des Art. 887 führte: eine Interessenkollision und damit die Gefahr unsachlicher Stimmabgabe.»

TROXLER WERNER, S. 40: «...die Gefahr, dass die Genossenschaft durch die Ausübung des Stimmrechtes geschädigt werden könnte, kann auch in andern Fällen einer Interessenkollision bestehen. Art. 887 wird daher durch den Grundsatz der Treuepflicht ergänzt. Die Stimmenthaltungspflicht folgt m. E. direkt aus der Treuepflicht, ohne dass eine entsprechende Statutenbestimmung erforderlich wäre. Immerhin dürfte es doch ratsam sein, die Fälle der Stimmenthaltung in den Statuten möglichst eindeutig zu bestimmen.»

auch angesichts dieser Unzulänglichkeit und Schwierigkeit wäre es verfehlt, die Festsetzung einer Auslösungssumme unter allen Umständen in die Kompetenz der Generalversammlung verweisen zu wollen.

II. Die richterliche Überprüfbarkeit geforderter Auslösungssummen

Jede Auslösungssumme, auf Grund welcher Ausscheidensart auch immer verfallen und geltend gemacht, muss vom Richter auf ihre Angemessenheit hin überprüft und notwendigenfalls herabgesetzt werden können. Darin und nur darin ist tauglicher Rechtsschutz des Schuldners zu finden; nicht in Kompetenzerwägungen zwischen verschiedenen Genossenschaftsorganen. Diese, sei es nun Verwaltung oder Generalversammlung, dürften sich von parteilicher Beurteilung nur schwer lösen können. In jedem Falle von Ausscheiden, ungeachtet ob infolge Austrittes oder Ausschliessung, ob aus wichtigen Gründen oder nicht, stellt die Auslösungssumme nichts anderes dar als kausal geschuldeten Schadenersatz. Von dieser Erkenntnis ausgehend, kann die Möglichkeit richterlicher Überprüfung unter keinen Umständen bestritten werden. Offensichtlich in Verkennung der Rechtslage hat Gysin geschlossen, der Entwurf II lasse richterliche Kognition in keinem aller Ausscheidensfälle zu, und hat gefordert, solche sei für Austritt und Ausschliessung aus wichtigen Gründen im Gesetz ausdrücklich festzulegen [10]. Unter Berufung auf Gysin - aber in falscher Interpretation von dessen Ausführungen – wurde andernorts vertreten, die heute geltende Regelung lasse eine richterliche Überprüfung nur beim Austritt zu, nicht hingegen beim Austritt aus wichtigen Gründen und bei der Ausschliessung [11]. Demgegenüber scheint Gerwig von allem Anfang an die Möglichkeit richterlicher Kognition für alle Arten von Ausscheiden anerkannt zu haben [12]. – Die Anerkennung vollumfänglicher richterlicher Überprüfung dieser Art von Forderung stellt die einzig richtige Auffassung dar. Mit dem Institut der Auslösungssumme wurde den Genossenschaften ein fakultatives Instrument in die Hand gegeben, allfälligen Ausscheidensschaden zu parieren, wobei der Gesetzgeber die bezüglichen Voraussetzungen mit den Kriterien des Erwachsens erheblichen Schadens und der Gefährdung des Fortbestandes abschliessend festlegte. Gründe, warum der Richter im Einzelfall nicht prüfen können sollte, ob diese Voraussetzungen tatsächlich erfüllt seien, sind unerfindlich.

In Fällen, da die Statuten die Auslösungssumme mit einem konkreten Frankenbetrag nennen, erfährt diese richterliche Kognition keine Beschränkung. Der Unterschied zu dort, wo die fragliche Ersatzpflicht nur dem Grund-

10 Gysin Arnold, Ergebnisse, S. 372–374.
11 Gutknecht Hermann, S. 68; Hager Arthur, S. 69 und Anm. 70.
12 Gerwig Max, Genossenschaft, S. 160 ff.

satz nach statuiert ist, liegt darin, dass die Schadenersatzforderung bereits zum voraus konkretisiert ist; bevor irgendwelche Auseinandersetzung aktuell wird, hat die Genossenschaft schon festgelegt, in welchem Ausmass sie sich im Falle eines Mitgliederabganges als geschädigt betrachtet; sei es, dass sie dies mit einem einzigen, absoluten Frankenbetrag tut, sei es, dass sie einen solchen pro Rechnungseinheit festsetzt. Demgegenüber bewahrt sie sich volle Freiheit der Forderungskonkretisierung dort, wo sie eine Ersatzpflicht nur dem Grundsatze nach statuiert. Nun ist zwar nicht zu bestreiten, dass der Genossenschafter beim andern System dieser konkreten Forderung zugestimmt hat bzw. gehalten wird, als hätte er ihr zugestimmt. Diese Tatsache vermag die richterliche Überprüfungsbefugnis aber deshalb nicht zu schmälern, weil das Gesetz die Voraussetzungen einer Auslösungssumme abschliessend regelt, indem es diese Art von Forderung an das Erwachsen von Schaden knüpft. Wo aber eine bestimmte Rechtsfolge nur dann eintritt, wenn bestimmte Voraussetzungen gegeben sind, da entspricht es den Geboten der Logik, auch anzunehmen, dass die Rechtsfolge nur eintritt, soweit ihre Voraussetzungen gegeben sind [13]. Auch diese Frage hat im Streitfalle der Richter zu entscheiden [14]. – Die statutarische Konkretisierung der Auslösungssumme durch Nennung eines absoluten Frankenbetrages oder frankenmässiger Ansätze pro Rechnungseinheit ist für den Ausscheidenden insofern von Bedeutung, als er unter diesem Titel keinesfalls mehr zu bezahlen hat, als sich den Statuten entnehmen lässt. Diesfalls muss sich die Genossenschaft bei jenem Forderungsumfang behaften lassen, den sie dem Mitglied als maximalen in Aussicht gestellt hat.

Anhand dieser Überlegungen ist zu folgern: auf Grund welcher Art von Ausscheiden auch immer eine Auslösungssumme gefordert wird, *in jedem Falle besteht die Möglichkeit, diese Forderung nach Grundsatz und Umfang durch den Richter überprüfen zu lassen.* Nötigenfalls hat dieser einen solchen Anspruch auf die angemessene Höhe herabzusetzen. Allfällige statutarisch genannte Frankenbeträge begrenzen die Zahlungspflicht des Ausscheidenden nach oben.

III. Das Schicksal der Auslösungssumme bei ausgeschlagener Erbschaft

Gemäss Art. 847 Abs. 2 OR können die Statuten bestimmen, dass die Erben eines verstorbenen Genossenschafters ohne weiteres Mitglied sind. Diese Rechtsnachfolger stehen alsdann gemäss Art. 851 OR unter den gleichen

[13] Spiro Karl, S. 459.

[14] Winkler René, S. 157 158, spricht in jenen Fällen, da die Statuten die Auslösungssumme frankenmässig festlegen, von «unechter Konventionalstrafe», gemäss Art. 163 OR der richterlichen Herabsetzung unterliegend.

Schneider Werner, S. 109, übernimmt Winklers These.

Austrittsbedingungen wie ihr Vorgänger, das frühere Mitglied. Hier ist von Bedeutung, dass die Erben ipso iure in das Mitgliedschaftsverhältnis des Erblassers eintreten und bei späterem Ausscheiden eine allfällige Auslösungssumme zu bezahlen haben. Diese Rechtsnachfolge unterbleibt aber dann, wenn sämtliche Erben die Hinterlassenschaft ausschlagen. In diesem Falle stellt sich die Frage nach dem Schicksal der Forderung auf Bezahlung einer Auslösungssumme.

Unbestreitbar ist, dass ausschlagende Erben nicht Mitglied der Genossenschaft werden [15], weshalb von diesen keine Auslösungssumme verlangt werden darf. Ein Vorstoss landwirtschaftlicher Kreise, der in diesen Grundsatz einbrechen wollte [16], ist vom Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt worden [17]. Wer die Erbschaft ausschlägt, ist nicht Rechtsnachfolger – und damit auch nicht Genossenschafter – geworden, weshalb Art. 851 OR auf ihn nicht angewendet werden kann [18].

Als unrichtig muss nun aber die mitunter vertretene Auffassung abgelehnt werden, es sei der Genossenschaft verwehrt, den Anspruch auf Bezahlung einer Auslösungssumme im Rahmen der konkursamtlichen Liquidation einer ausgeschlagenen Hinterlassenschaft geltend zu machen. Es wird dort argumentiert, die Auslösungssumme dürfe als Ausfluss des höchstpersönlichen Rechts der Mitgliedschaft nicht kolloziert werden; die Zulassung einer solchen Möglichkeit heisse, das kapitalistische Moment in der Genossenschaft in extremer Weise betonen [19]. Diese Bedenken gehen fehl. Denn gerade bei Genossenschaften, welche die *Mitgliedschaft* im Sinne von Art. 847 Abs. 2 OR als vererblich erklären, ist deren Inhalt *primär sachbezogen* und persönlichkeitsentfernter als anderswo. Sie soll deshalb vererbt werden, damit spezifisches, für die Genossenschaft relevantes Wirtschaftssubstrat dem Gemeinschaftswerk erhalten bleibt; ein Wert, der im Vermögen und damit auch im Nachlass der jeweiligen Mitglieder verkörpert ist. Bei dieser Sachlage ist es aber ohne Zweifel gerechtfertigt, dass in jedem Falle konkursamtlicher Liquidation dieses Vermögens die Auslösungssumme als Schadenersatzforderung geltend gemacht und grundsätzlich kolloziert werden darf.

15 Stiehle Carl Egon, S. 27.
16 Protokoll, S. 581/582.
17 Sten Bull StR *1932* 208.
18 Gl. M. Gutknecht Hermann, S. 69, und Hager Arthur, S. 23 Anm. 36.
19 Gutknecht Hermann, S. 70; Hager Arthur, S. 70/71.